



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SOL YADIRA ROJAS RIVERA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-004-2019-00446-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de julio del 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora SOL YADIRA ROJAS RIVERA pretende se declare que la demandada PORVENIR S.A. incumplió su obligación de suministrar información veraz, completa y coherente al momento de la suscripción del formulario de afiliación mediante el cual se realizó el traslado de régimen pensional; en consecuencia, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS que realizó el 01 de agosto de 1999, y se ordene el retorno al régimen de prima media, a COLPENSIONES. Se condene las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen, condenándose a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, frutos e intereses legales, y a COLPENSIONES a recibirlos, procediendo a corregir y actualizar su historia laboral; en igual medida, se condene lo que ultra y extra petita resulte del proceso, más las costas de proceso.

Como fundamentó de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 25 de marzo de 1962, inició sus cotizaciones al RPMPD el 16 de octubre de 1985; el 01 de agosto de 1999 se trasladó a PORVENIR S.A., sin embargo, resaltó que esta afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, por lo que consideró no existe consentimiento de libertad y voluntariedad; agregó que el asesor del fondo privado para convencerla del cambio de régimen, le indicó que podía pensionarse antes de la edad mínima legalmente exigida, que podía solicitar el dinero en cualquier momento, y la posibilidad de pensionarse con el mínimo y el dinero restante se le devolvería, así mismo le informó que el dinero se iba a multiplicar, porque se depositaba en fondos de inversión a largo plazo que generan dividendos altos, y que en cualquier momento si lo deseaba podía a futuro cambiarse al ISS, omitió realizarle una proyección de la mesada pensional en la cual se indicara cuáles serían las diferencias en cada uno de los regímenes; reiteró que la AFP PORVENIR nunca le brindó una información real y concreta teniendo en cuenta su caso particular, sobre las desventajas que tendría al momento de trasladarse de régimen, viéndose perjudicada en la actualidad ya que su mesada pensional en dicho fondo sería considerablemente inferior a la que recibiría si estuviera afiliada a COLPENSIONES. Consideró que era obligación de la AFP PORVENIR S.A. informarle sobre el año de gracia que concedió el Artículo segundo de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, el cual permitía que los afiliados se pudieran trasladar por una única vez antes del 28 de Enero de 2004, situación que en su caso no aconteció a pesar que contar la AFP con las direcciones de residencia, trabajo y correo electrónico, canales todos válidos para que se le informará de primera mano por parte de este sobre los cambios normativos mencionados, quedando en evidencia la mala fe de la administradora de pensiones. De igual manera, señaló que PORVENIR S.A. debió informarle antes del 25 de marzo de 2009, sobre la imposibilidad de trasladarse de Régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, conforme lo establece el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual fue reglamentado por el Decreto 3800 de 2003, situación que no ocurrió en su caso. Precisó que PORVENIR S.A., tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo, tal y como lo señala la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia Sala Laboral. Finalmente, mencionó que elevó reclamación administrativa el día 19 de marzo de 2019 ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado de régimen y como consecuencia de ello, se declarase que nunca dejó de pertenecer al RPMPD, y ante PORVENIR S.A. el 18 de marzo de 2019 en similar sentido (FIs. 04 a 22).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda sin oponerse ni allanarse a las pretensiones, pues no le constan circunstancias de tiempo, lugar y modo, toda vez que fueron responsabilidad del fondo privado, como lo es brindar información idónea a sus potenciales afiliados. No obstante, se opone a realizar el traslado de régimen que fue efectuado por la demandante de forma libre, espontánea y voluntaria; por tanto argumentó que no puede existir nulidad, en la misma medida se opone al traslado pues a la demandante le hacen falta menos de 10 años para adquirir sus derechos pensionales, y en consecuencia, no es posible efectuar el traslado o retorno al RPMPD de conformidad con lo señalado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, aunado a ello, precisó que la actora no acreditaba 35 años de edad, ni 15 años de servicios cotizados al 01 de abril de 1994, por tanto, no es posible su movilidad entre regímenes. Propuso como excepciones de merito las de «Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «buena fe de COLPENSIONES», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «Inexistencia del derecho reclamado», «Compensación», «Prescripción» e «Innominada o genérica» (FIs. 66 a 75).

Por su parte la AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones por considerar que estas se basan en apreciaciones subjetivas carentes de respaldo probatorio, no obstante, esgrimió que los funcionarios de PORVENIR, siempre han estado capacitados para brindar a los potenciales beneficiarios una información íntegra respecto a las características del RAIS para que, en todo caso, escogieran la opción que más creyeran conveniente, por ello, aseveró que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, como lo demuestra la solicitud de vinculación, en el que se conserva la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54A del CPTSS. Propuso como excepciones de fondo, las de «Prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (FIs. 110 a 131).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de julio del 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, en su caso a PORVENIR S.A., para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración correspondientes y a COLPENSIONES aceptar el traslado.

Para arribar a la anterior conclusión, informó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad de las aseguradoras es de carácter profesional, teniendo el deber de suministrar al afiliado una información completa y comprensible, sobre las condiciones de su traslado, informar las ventajas desventajas, riesgos y características de los dos regímenes, señaló de igual manera que en el evento que el afiliado manifieste que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba se invertía en favor del afiliado, al estar el fondo en mejor posición para hacerlo, en esa medida, señaló que en el presente caso PORVENIR S.A. no le brindó la información completa a la demandante en el año de 1999, según dedujo de los testimonios aportados y que no se pudo llegar a ninguna confesión por parte de la demandante, quien reiteró que no se le brindó asesoría, así como de las documentales, donde no se logró acreditar ninguna información. Así las cosas, encontró viable declarar la ineficacia de la afiliación, no la nulidad toda vez que no se acreditó ningún vicio del consentimiento, pero si la falta de información.

#### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la accionada AFP PORVENIR S.A., apeló solicitando se revoque de manera íntegra la sentencia, para lo cual argumentó, en síntesis, que no se cumplen con los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, las cuales tratan sobre el dolo y fuerza, los cuales consideró no se acreditaron en el proceso, por tanto considera que no es viable la ineficacia, frente a los gastos de administración indicó que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha tratado de manera indistinta la ineficacia de pleno derecho y la nulidad, dándole consecuencias jurídicas a una ineficacia de pleno derecho de una nulidad sea absoluta o relativa, es decir que cuando se ordena la restitución de los gastos de administración esto no tiene ningún tipo de fundamento de conformidad con el artículo 1746 del C.C. que es el que sirve como fundamento legal sobre las restituciones mutuas, precisando que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, siendo en su criterio la más idónea para los casos de nulidad, ha establecido que cuando se trate de un contrato o un negocio jurídico declarado nulo, las partes deben restituciones mutuas, y en ningún momento se habla de restituciones unilaterales a la parte vencida. En este sentido, estimó, si se le da la orden a PORVENIR S.A de devolver los gastos de administración, se le tendría que dar la orden a la aquí demandante de restituir los frutos financieros, por cuando el RPMPD no genera réditos financieros, siendo entonces un enriquecimiento sin causa para la demandante y para COLPENSIONES. Por otra parte, señaló que las consecuencias de la ineficacia de pleno derecho contenidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues en este se establecen sanciones de 01 salario a 20 salarios mínimos y no los gastos de administración, no

obstante, si se continúa con la teoría del pago de los gastos de administración, estos por no ser parte de la pensión en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, son susceptibles de la prescripción.

Por su parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión solicitando sea revocada íntegramente, teniendo en cuenta que la afiliación no es un acto unilateral y de acuerdo con el artículo 1495 del Código Civil, ello conduce a generar obligaciones para ambas partes, esto es, que si bien la AFP tiene la obligación de informar a su potencial afiliado, también este debe actuar lo suficientemente informado, así mismo cuando se guarda silencio en estos casos de afiliación, la Corte ha establecido que se está frente a una afiliación tacita, en igual medida considera que cuando se ordena el traslado de la demandante a COLPENSIONES se atenta directamente contra el principio de la relatividad de los negocios jurídicos teniendo en cuenta que esa afiliación contraería situaciones adversas para COLPENSIONES como el principio de sostenibilidad financiera, pues descapitaliza el fondo común; resaltó igualmente que la demandante incumplió sus deberes como consumidor financiero, por ello, existió una inatención por parte de la actora.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando que se les absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. De igual manera, la parte actora reiterando lo dicho en el líbello inicial solicitó se confirme la decisión.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos

Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, que al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

Según se extrae de la información para bono pensional obrante a folio 39, la actora nació el 25 de marzo de 1962, aspecto en todo caso no discutido en el proceso, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 25 de marzo de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 19 de marzo de 2019 (Fls. 41 a 45), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 263 semanas de cotización aproximadas (fls. 32 a 40, 46 a 49) equivalentes a un poco más de 3 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

el 01 de agosto de 1999 (Fl. 50), específicamente, conforme la información registrada en la certificación expedida por la AFP PORVENIR S.A., pues no fue aportado el formulario de afiliación.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al

interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen, debe señalarse que en el presente caso ni siquiera fue demostrado el hecho del traslado mediante formulario de afiliación a PORVENIR S.A, pero en gracia de la discusión, si este se hubiere aportado, debe indicarse que éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al afiliado se le haya proporcionado la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (01 de agosto de 1999 fl. 50), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte apelante, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme



lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. En la misma línea, debe decirse, que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

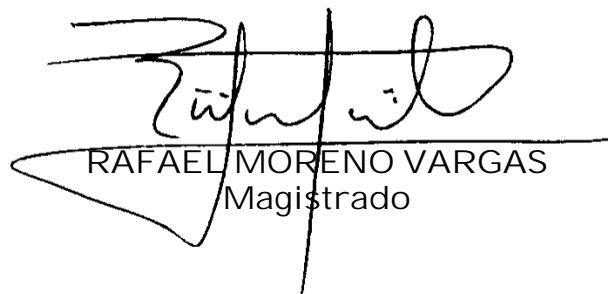
## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 íbidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALBERTO URIBE VEGA  
contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 10013105-012-2018-00706-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente providencia:

OBJETO DE LA AUDIENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

El señor ALBERTO URIBE MENDEZ, pretende se declare la nulidad de su traslado y/o afiliación al RAIS en las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.; se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES; como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. registrar en su sistema de información que la afiliación en el RAIS estuvo viciada de nulidad por error de hecho; se condene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluido rendimientos e intereses a que haya lugar; y a COLPENSIONES activar su afiliación en el RPMPD actualizando su historia laboral de acuerdo a las semanas cotizadas en el RAIS; lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 13 de febrero de 1958, que empezó a cotizar al sistema de pensiones a través de la Empresa Municipal de Cali, desde el 26 de julio de 1978 hasta el 16 de julio de 1982, que cotizó al ISS desde el 31 de enero de 1984 hasta el 30 de septiembre de 1994 un total de 472

semanas de cotización; que en julio del año 2004 se trasladó al RAIS en la AFP PORVENIR S.A., entidad que no le informó sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza del mismo, sus ventajas y/o riesgos, el capital que debía de acumular para lograr su pensión de vejez en el RAIS, no se le ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión, beneficios en uno u otro régimen pensional. Así mismo señaló que se trasladó en el mes de septiembre de 2016 a la AFP PROTECCIÓN S.A., que durante su vinculación en el RAIS no se le puso de presente las implicaciones, beneficios o inconvenientes de estar vinculado en el RAIS, ni se le realizaron proyecciones. Que en la actualidad se encuentra en la AFP PORVENIR S.A. desde 1º de octubre de 2016. Señaló, que en mayo de 2018 le efectuaron un análisis actuarial donde arrojó que de completar las 1300 semanas en el RPMPD su pensión sería de \$2.763.626 y el 7 de junio de 2018 PORVENIR S.A. le informó que, de completar 1300 semanas, su mesada pensional en el RAIS sería de \$1.136.800. Con ocasión de lo anterior, solicitó a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. la anulación de su traslado en el RAIS y a COLPENSIONES activar su afiliación en el RPMPD, sin que a la fecha ninguno de los fondos haya accedido a lo pretendido (Fls. 1 a 20).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones solicitando se le absuelva de las mismas, para ello argumentó que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo que bajo su consideración demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y que su elección de régimen y de administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo válidamente afiliado a PORVENIR S.A., sin probarse error, fuerza o dolo, máxime cuando se trasladó de manera horizontal entre fondos del RAIS, esto es, primero en PORVENIR S.A y de manera posterior en PROTECCIÓN S.A. donde permaneció por más de 14 años realizando aportes. Por lo expuesto, manifestó que no procede la nulidad o ineficacia de su afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad»; «inexistencia del derecho y de la obligación»; «cobro de lo no debido»; «buena fe» y «declaración de otras excepciones» (Fls. 106 a 112).

Por su parte la demandada PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, manifestando que el acto de afiliación es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, efectuándose el traslado del demandante de manera libre y espontánea conforme a lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través, de su firma en el formulario de afiliación, como señal de aceptación y voluntad de trasladarse

de fondo, libre de engaños y presiones, aunado indicó que el acto celebrado tiene la naturaleza de verdadero contrato, por virtud de la cual se generan derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado, reiteró que no puede la parte actora resultar engañada, por observar que su valor de mesada pensional es inferior en el RAIS que en el RPMPD, advirtiendo que al momento de su traslado no era posible predecirla, por faltar muchos años de cotización y edad para alcanzar la prestación, aunado al hecho de que la forma en como se liquida la pensión se encuentra consagrada en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80 y 81, por lo anterior subrayó no puede prosperar la nulidad y/o ineficacia de su traslado al cumplirse con todos los requisitos de existencia y validez. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir»; «buena fe»; «prescripción»; «innominada o genérica» y «traslado de aportes» (FIs. 135 a 149).

A su turno PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones en su contra, argumentando que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, por ende las reglas y condiciones en que se realizó su vinculación no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció a las disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para tal efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia, siendo claro que el demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación y traslado al RAIS, manifestando su pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones en el RAIS, aunado al hecho de no existir prueba alguna que demuestre que el asesor del fondo haya actuado de manera dolosa o forzosa obligando al actor a suscribir el formulario de vinculación, ni se puede hablar de un vicio del consentimiento, en tanto y cuanto, el error en derecho no vicia el consentimiento, toda vez que, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción»; «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»; «buena fe»; «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo»; «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (FIs. 190 a 200).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de agosto de 2020, declaró absolver a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, de todas y cada una de las suplicas de la demanda; declaró probada la excepción de inexistencia de la nulidad y/o ineficacia de la afiliación.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, manifestó que en el interrogatorio de parte el demandante declaró que «inicialmente se trasladó a Horizonte, en el 2007 se trasladó a ING porque presentaba mejores opciones que las ofrecidas por Horizonte en el mercado, que era relativamente nuevo, que presentaba experiencia contable, que cumplía sus promesas, con más solides y experiencia, que la idea era tener una pensión digna, que no hubo explicación sobre las ventajas y desventajas, posteriormente en PORVENIR tuvo dos facetas en el 2004 con Horizonte, con el argumento que el Seguro Social se iba a acabar, posteriormente en el 2007 opta por la posición de trasladarse a ING, luego cambia a PORVENIR S.A. por existir la condición de engaño, y encontrarse sobre la restricción de los 10 años»; señaló en ese orden, que hubo ratificación del acto de afiliación inicial por los cambios de administradora, pues una vez verificada la multiplicidad de los cambios de administración de la afiliación se determina si se ratifica o no el acto de permanencia en el régimen y en el caso de autos el hecho de que se haya efectuado en dos oportunidades el cambio de administradora, ratificaron el acto de pertenecer en el RAIS, aunado al hecho de que los aspectos centrales de los cambios de administración fueron las mejoras en las condiciones del mercado, de alianzas y rendimientos, en consecuencia concluyó que, no hay lugar a declarar la ineficacia de la relación jurídica de afiliación y cotización.

#### RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para ello manifestó que la posición del juzgador respecto de la ratificación de la decisión de la afiliación o traslado del régimen no se aviene a los parámetros de la Corte Suprema de Justicia, desconociéndose el precedente jurisprudencial y los distintos elementos probatorios del proceso, señalando que al revisarse el contenido de los formularios de afiliación y la manifestación de la voluntad del demandante mediante su firma, no dan cuenta de las condiciones en las que se realizaron los traslados, contrario sensu, resaltó que al revisarse las declaraciones rendidas por el demandante y la representante legal de PORVENIR S.A. se evidenció que el demandante realizó su traslado sin el conocimiento pleno que esa decisión entrañaba, sin que se le explicaran las desventajas, las consecuencias negativas o riesgos de esa decisión, igualmente subrayó que el número de traslados realizados no ratifican el consentimiento, y lo relevante es el estudio de la información suministrada a la parte actora en cada uno de esos traslados, sin que se demostrara por parte de las demandadas la misma, ni cumplirse con los presupuestos de transparencia y diligencia, esto es, brindar una información

completa y oportuna, referenciando así, lo ha establecido en la sentencia con Rad. No. SL1452-2019 y SL 3383 de 2011.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandante presentó sus alegatos en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Por su parte, las demandadas alegaron solicitando se confirme la decisión de primer grado.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de

trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 22 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 13 de febrero de 1958, por lo que la edad de 62 años, los cumplió el 13 de febrero de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de julio de 2018 (Fl. 40), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 242 semanas de cotización (CD fl. 119), equivalentes a casi cinco (5) años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 8 de julio de 2004 (Fl. 202), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbalmente las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado sólo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".



pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En ese escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A..

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fol. 202), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. esto no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), hubiese sido informado en los términos expuestos, por el contrario, indico que recibió información parcializada sobre el RAIS.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen, 08 de julio de 2004 (FI. 202), el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la parte actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste, apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el

hecho de que el actor hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de no haberse orientado, con la suficiente y necesaria ilustración, sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PORVENIR S.A., por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculado el actor (fls. 201 y 204), trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de la accionada PORVENIR S.A.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar, se declara la INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por el señor ALBERTO URIBE VEGA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 8 de julio de 2004; y como consecuencia de ello, se ordena a PORVENIR S.A. entidad donde se encuentra afiliado actualmente el demandante, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado del accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA DEL CARMEN SANCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTROS. Rad. 110013105-033-2017-00780-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de junio del 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARIA DEL CARMEN SANCHEZ pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuado el 01 de julio de 2001 a PORVENIR S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A., así mismo, se ordene a las demandadas trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Se ordene a COLPENSIONES realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen aprobado el 01 de julio de 2001 y a recibirla sin solución de continuidad.

Como fundamento en sus pretensiones informó en síntesis, que nació el 23 de mayo de 1963, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la pensión de vejez el mismo día y mes del año 2020. Indicó que se afilió al I.S.S hoy COLPENSIONES el día 20 de febrero de 1985, y que el 01 de julio de 2001 se trasladó a PORVENIR S.A. Manifestó que la aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, destacando que por la indebida

y nula información suministrada por el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen pensional, se evidenció el engaño en el que incurrió dicha administradora, previó a su traslado inicial. Explicó que cotizó al I.S.S un total de 846.29 semanas, agregando que desde su afiliación al RPMPD el 01 de julio 2001, hasta el 30 de junio de 2017 cotizó a través de diversos fondos de pensiones un total de 818.57 semanas, cotizando hasta el 30 de junio de 2017 cotizó 1.386.86 semanas. Añadió que PROTECCIÓN S.A. no le informó antes del 23 de mayo de 2010 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaban diez o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Finalizó indicando que elevó derecho de petición a COLPENSIONES el día 21 de octubre de 2017, solicitando su traslado de régimen del RAIS al RPMPD (Fls. 01 a 13).

### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que consideró que el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante, suscribiendo los formularios por decisión propia, por tanto, la afiliación fue totalmente válida, puesto que no se configuraron vicios de consentimiento en la suscripción. Agregó que para la fecha del 21 de octubre de 2017, contaba con 54 años de edad, y no había cumplido la edad para adquirir el status de pensionada, y dado que no contaba con 15 años de cotizaciones para el 01 de abril de 1994 ni los 35 años que exige dicha normatividad, consideró que resulta improcedente su traslado, pues la norma vigente para la fecha estableció los requisitos que debía contener el formulario que se debía diligenciar para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, consignando la decisión de traslado de manera libre espontánea y sin presiones; resaltó que no se puede tener como cierto que la falta de información se basó en que las AFPS demandadas no realizaron una proyección pensional de la demandante ya que dichas proyecciones no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de merito las de «error de derecho no vicia el consentimiento», «inexistencia de la obligación», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica» (Fls. 54 a 70).

La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones por considerar que la demandante no allega prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, indicando que la nulidad alegable por la demandante, sería en el evento de existir un vicio del consentimiento, el cual solo puede ser causado por error, fuerza y dolo, sin que ninguno de los eventos señalados se haya presentado en el caso en estudio. Propuso como excepciones de fondo las de

«prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «compensación» (Fls. 97 a 108 y 126 a 127).

Por su parte la AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a que se declare la nulidad del traslado al RAIS por parte de la demandante, por cuanto consideró la información suministrada a la accionante se encuentra acorde con las disposiciones legales vigentes, considerando que la demandante tomó la decisión informada y consciente, en señal de ello suscribió el formulario de vinculación y traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. En la misma medida, se opone a que se ordene trasladar los aportes en pensiones realizados por la demandante. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls.146 a 153).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de junio del 2020, declaró la ineficacia del traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 23 de mayo de 2001, en igual medida declaró que la demandante se encuentra afiliada de manera efectiva al RPMPD. Ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante, justo con sus respectivos intereses y rendimientos como gastos de administración y a COLPENSIONES recibirlos, así como reactivar la afiliación de la demandante. Así mismo, ordenó a PORVENIR S.A. pagar las diferencias si fuere el caso que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, conminando a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiese lugar. Conminó tanto a COLPENSIONES como a la Agencia Jurídica para que adopte las gestiones necesarias para determinar si estos traslados y las decisiones que ha tomado la jurisdicción llevan a generar perjuicios para el RPM y determinar así las acciones correspondientes a seguir, si a ello hubiere lugar. Impuso costas a cargo de PORVENIR S.A.

Para arribar a tal conclusión, consideró el a quo, en síntesis, que con base en la jurisprudencia laboral en torno al tema, para la fecha en que se produjo la afiliación, la AFP tenía el deber de describir las características, condiciones de cada régimen, junto con las consecuencias de un traslado entre los mismos; de igual manera la AFP debió suministrar los elementos de información para que la afiliada comprendiera de manera objetiva y lógica el funcionamiento de ambos regímenes; advirtiendo, que el

documento de afiliación y la información que allí se depositó no fueron suficientes para indicarle a la demandante las consecuencias de trasladarse de régimen, por lo tanto, no era una prueba conducente en el debate probatorio, pues la parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar o acreditar el deber legal de información. Aunado a lo anterior el formulario de afiliación suscrito por la demandante nada dice respecto a que ésta lo haya firmado previa información detallada ni contiene dicha información con los requerimientos legales, esto es, clara, completa y transparente, sin que del interrogatorio de parte se haya producido confesión de la demandante y como quiera que la AFP no demostró que brindó la información necesaria y transparente a la señora demandante; agregó que era indiferente que la demandante sea beneficiaria o no de un régimen de transición, y por otra parte los traslados horizontales que realizó la demandante entre el RAIS no puede sanear la afiliación inicial, puesto que no sule la información que debe darse al cambio de régimen, por tanto concluye que el cambio de régimen que se dio, no cumple con los requisitos por tanto dicho acto jurídico era ineficaz. Frente a la excepción de prescripción anotó que no tenía aplicación, toda vez que los derechos pensionales son imprescriptibles.

#### APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la AFP PROTECCION S.A. la apeló parcialmente frente al punto de que trata el traslado de los intereses y dineros que obren en la cuenta de ahorro individual y gastos de administración por parte de PROTECCIÓN S.A., lo anterior con base en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, el cual establece que la nulidad tiene los efectos de cosa juzgada y da a las partes el derecho de volver las cosas como si no hubiese existido el negocio jurídico; agregó frente a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, que la normativa establece que será cada uno el responsable de la pérdida, deterioro y de sus frutos, por lo anterior, consideró que el devolverse las cuotas de administración se desconoce el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que obliga a la AFP a separar un valor para financiar los gastos de administración, por lo anterior solicitó se absuelva a PROTECCION S.A de las cuotas y gastos de administración, como de sus intereses.

De igual modo, la AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida, en cuanto a la condena al pago de las equivalencias del traslado, y en igual medida frente a las costas, ya que consideró que si bien hace parte de lo ultra y extra petita, ello no quiere decir que el juzgador pueda salirse de los hechos básicos que hayan sido material del debate, a los cuales debe estar sometido, resaltó que la demandante ya no se encuentra afiliada a PORVENIR S.A y que esta traslado todos los valores a PROTECCIÓN S.A., por ello no tiene el dinero de la demandante, y respecto a las costas manifestó que los otros 2 demandados realizaron una defensa, por tanto si



hubo un litigio y deben ser condenadas o modificar proporcionalmente la condena en costas en esta instancia.

Finalmente, COLPENSIONES apeló la decisión con la finalidad que se revoque parcialmente, por considerar que el aporte realizado por la demandante, de no llegar a cumplir con el monto requerido, conllevaría un detrimento patrimonial a COLPENSIONES, la cual no realizó las proyecciones para planear dicha pensión. Respecto de la declaración de la ineficacia consideró no se puede invertir la carga de la prueba, pues considera que sólo es frente a las personas que tenían expectativas legítimas o que se haya afectado de manera grave su derecho pensional, quedando en cabeza de la demandante la carga probatoria.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES presentaron sus alegatos en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Por su parte, PORVENIR y la parte actora guardaron Silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso

para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 31 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 23 de mayo de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 23 de mayo de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 21 de octubre de 2017 (Fls. 43 a 45), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 475,28 semanas de cotización aproximadas, (fls. 32 a 34) equivalentes a un poco más de 9 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 23 de mayo de 2001 (Fl. 155), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 155), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A

Así, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (23 de mayo de 2001 fl. 155), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP privada tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que

hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, así como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se modificará la decisión en este aparte de la sentencia, para elevar condena contra dichas entidades.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


## RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL OCTAVO de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, CONDENAR en costas de primera instancia a las accionadas PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTROYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de LUIS GUILLERMO CLAVIJO PINZÓN contra PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – PAR ISS, FIDUCIA DE INVERSIÓN COLOMBIA – FIDUPREVISORA S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO – FIDUGRARIA S.A., NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO, MINISTERIO DE SALUD y MINISTERIO DE HACIENDA. Rad. 110013105-034-2017-00792-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

El señor LUIS GUILLERMO CLAVIJO PINZÓN, pretende se declare que entre él y el ISS, hoy PAR-ISS, existió un contrato de trabajo desde el 3 de enero de 1996 hasta el 31 de marzo de 2015, el cual terminó por liquidación de la entidad; que la demandada debe pagarle \$1.673.117 por concepto de cesantías correspondiente al año 1996; la suma de \$3.081.750 por saldo no liquidado de las cesantías congeladas del periodo 1º de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011; la suma de \$6.918.289 por concepto de indemnización convencional por terminación unilateral de contrato individual de trabajo y la cifra de \$3.765.973 por concepto de intereses de mora, más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que mediante Resolución No 5712 del 29 de noviembre de 1995, del presidente del Instituto de los Seguros Sociales -ISS, resolvió ubicarlo en el cargo de Técnico de Servicios Asistenciales Grado 19, del cual tomó posesión mediante acta No. 0002 del 03 de enero de 1996, con una asignación básica mensual de \$449.232 y una jornada de 8

horas diarias. Que el día 17 de diciembre de 1996, suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido en calidad de trabajador oficial, en el cargo de Técnico de Servicios Asistenciales Grado 19, con una asignación básica mensual de \$505.000. Indicó que mediante acuerdo entre el Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto de Seguros Sociales – SINTRAISS, al cual perteneció, se acordó dejar en suspenso las cesantías e intereses de las cesantías durante el periodo 2000 a 2011 de los integrantes del sindicato. Señaló que mediante Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012 se ordenó la liquidación del ISS; que, debido a una condición patológica auditiva de origen común, fue clasificado como una persona discapacitada logrando así hacer parte del retén social al cual tienen derecho todas las personas con especial protección constitucional reforzada que hacen parte de una entidad intervenida y declarada en liquidación; que fue prorrogado el plazo de la liquidación hasta el 31 de marzo de 2015 mediante Decreto 2714 de 2014; y mediante Resolución No. 8339 del 04 de marzo de 2015 el ISS le informó que su contrato iba hasta el 31 de marzo de esa anualidad, reconociéndole la suma de \$114.338.998 por concepto de prestaciones sociales, cesantías e indemnizaciones, del cual se le descontó el valor de \$45.342.345 por motivos de crédito de vivienda a COVICSS. Que la resolución previamente citada le fue notificada el 09 de marzo de 2015, interponiendo contra la misma, recurso de reposición el 20 de marzo de 2015, siendo confirmada mediante Resolución No. 9912 del 20 de marzo de 2015. Manifestó que sólo hasta el 20 de mayo de 2015 se le canceló la liquidación del contrato laboral, trascurriendo 50 días después de la terminación definitiva del contrato hasta la fecha que se efectuó el pago, demora que consideró injustificada y de mala fe ya que la entidad tenía que tener disponible la partida presupuestal desde el momento en que notificó la decisión de la terminación del contrato, es decir, 27 días antes del retiro de labores para entrar a pagar al día siguiente de la terminación del contrato la respectiva liquidación de los trabajadores en retén social, que no se acogieron a retiro voluntario. Aunado a lo anterior expuso que radicó derecho de petición el 12 de septiembre de 2016 ante el PAR-ISS solicitando una debida liquidación de sus prestaciones sociales, sin embargo, mediante respuesta No 14346 del 19 de septiembre de 2016, el PAR-ISS, negó la petición. Finalmente informó que fue calificado por la junta de calificación de invalidez con una pérdida de su capacidad laboral del 65.5% con fecha de estructuración el 21 de noviembre de 2016, y que se realizó audiencia de conciliación ante la PGN el 30 de noviembre de 2017, siendo fracasada dicha diligencia (fls.116 a 133).

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÈDITO PÚBLICO contestó la demanda, solicitando se desestimen todas las pretensiones, teniéndose en cuenta



que sus obligaciones son de carácter laboral únicamente con funcionarios de su planta de personal de la cual no forma parte el actor, en razón de que no existe ni existió ningún vínculo legal, reglamentario, contractual o laboral con el demandante, así mismo informó que dentro de sus funciones no está la de resolver controversias entre ex trabajadores de otras entidades públicas, como lo es el ISS (liquidada). Anotó que no hay relación jurídica que lo vincule con el demandante más allá de ser el custodio de las hojas de vida laborales de los ex trabajadores del ISS, precisando que la calidad de sucesores procesales está a cargo de la Fiduciaria Fiduagraria S.A. conforme quedó consagrado en el acta final del proceso liquidatorio reglado por el Decreto 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006, como en el contrato de fiducia mercantil No. 015 – 2015, cuando se les imponen el deber de atender procesos que se adelanten contra el ISS. Propuso como excepciones de mérito las de: «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «inexistencia de la relación laboral con el Ministerio de Hacienda»; «Inexistencia de solidaridad o de vínculo entre el demandante y el ministerio de Hacienda»; «inexistencia de solidaridad o sustitución de obligaciones entre el ISS y el Ministerio de Hacienda» y «genérica» (fls. 166 a 176).

Por su parte, la demandada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA SA., contestó la acción oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentó que las liquidadoras son las encargadas de efectuar la liquidación de una sociedad sujetándose a disposiciones legales sobre la materia, sin ser de su arbitrio decidir a quién, cómo y dónde debe de pagar las obligaciones sociales y laborales, máxime cuando no ha tenido relación laboral alguna con el demandante, ni puede disponer unilateralmente de los bienes, activos o derechos relacionados con la liquidación, sujetándose al trámite aplicable para cada caso, así mismo informó que con la terminación del ISS el 31 de marzo de 2015, perdió toda facultad para ejercer como representante de dicha entidad y como tal no asume las obligaciones en calidad de parte, sucesor o subrogatorio de dicha entidad, careciendo de legitimación y capacidad jurídica para actuar. Propuso como excepciones de mérito las de: «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «inexistencia del demandado»; «inexistencia de la obligación» e «innominada» (fls.180 a 185).

En cuanto a la demandada PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – PARISS cuya vocera y administradora es FIDUAGRARIA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se absuelva de las mismas, para ello manifestó que ni la Fiduciaria ni el Patrimonio Autónomo ostentan la calidad de cesionarios o subrogatorios de las obligaciones del fideicomitente ISS (liquidado),

señalando que la fiduciaria únicamente actúa como vocera y administradora de los recursos y activos del fideicomiso y que los mismos no son sucesores o subrogatorios o cesionarios del ISS, así mismo informó que no está legal o convencionalmente obligada a asumir responsabilidades que le corresponden al ISS, aunado a ello, recordó la prohibición legal de exigir que una fiduciaria responda con recursos propios obligaciones a cargo de los fideicomisos, artículo 1233 del Código de Comercio. Propuso como excepciones de mérito las de: «inexistencia de las obligaciones demandadas»; «cobro de lo no debido»; «prescripción»; «incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa»; «cosa juzgada»; «retroactividad de la norma laboral»; «buena fe del ISS y del PARISS»; «innominada» y «otras excepciones» (FIs. 224 a 229).

Por su parte, la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, al contestar el libelo introductor se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas, tras considerar que no existió vínculo de ninguna naturaleza con el demandante, configurándose una falta de legitimación en la causa por pasiva, anota que no existe solidaridad entre el ISS y el Ministerio de Salud, considerando que las fuentes de las obligaciones pasivas sólo lo son en virtud de la voluntad de las partes y de la ley expresadas en los contratos y negocios jurídicos válidos, por lo que la solidaridad por pasiva no se presume. Adicionalmente informó, no puede predicarse la existencia de sucesión, ni sustitución procesal, al no existir los elementos de la naturaleza de estas instituciones que la ley establece. Propuso como excepciones de mérito las de: «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «inexistencia de la obligación»; «inexistencia de la facultad y del consecuente deber jurídico para reconocer y pagar prestaciones sociales y derechos convencionales»; «cobro de lo no debido»; «inexistencia de la solidaridad entre el ISS y el Ministerio»; «prescripción» e «innominada» (FIs. 261 a 270).

A su vez, la NACIÓN -MINISTERIO DEL TRABAJO, contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que no es la entidad competente para reconocer y pagar las sumas solicitadas por parte del demandante, por tratarse de funciones que exceden el marco de su competencia, de conformidad con lo establecido en el Decreto 4108 de 2011, reiterando que no ha tenido ningún tipo de relación con la parte demandante, es decir, no ha sido su empleador, razón por la cual no se le puede presumir responsabilidad respecto de las reclamaciones de carácter laboral, así como tampoco se podría predicar solidaridad por no presentarse los elementos establecidos para ello, según se dispone en los artículos 34 o 36 del CST. Propuso como excepciones de mérito, las de: «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «inexistencia de obligación imputable»;

«ausencia de demostración de elementos de responsabilidad en cabeza del Ministerio del Trabajo»; «inexistencia del derecho reclamado»; «cobro de lo no debido» (fls. 278 a 284).

A su turno, la entidad demandada FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO – FIDUGRARIA S.A. contestó la acción con oposición a lo peticionado en el libelo, solicitando la absolución y en consecuencia se condene en costas y agencias procesales a la parte demandante, para ello consideró que la terminación del contrato del demandante está ajustado a derecho, toda vez que, la terminación de los vínculos laborales por parte del ISS escapa a la existencia o no de una garantía de estabilidad laboral ordinaria o reforzada, por obedecer a la extinción definitiva de una de las partes de la relación laboral. Argumentó respecto al reajuste a las cesantías e intereses, que las mismas se encuentran ajustadas a derecho y canceladas las prestaciones acordes a Ley. Señaló lo establecido en las resoluciones 9912 de marzo 20 de 2015 y la No. 8339 de marzo 4 de 2015, donde se indican todos los aspectos legales y jurídicos sobre la retroactividad de las cesantías, pagos y efectos. Finalmente, en cuanto a la retroactividad de las cesantías durante el periodo 2002 al 2011, advirtió que en el artículo 62 de la Convención Colectiva se estableció el congelamiento de las mismas durante ese periodo, pero que lo anterior no significó que no hayan sido canceladas, dado que las mismas fueron entregadas anualmente. Propuso como excepciones de mérito, las de: «prescripción»; «inexistencia del derecho y de la obligación»; «cobro de lo no debido»; «la no configuración del derecho al pago de retroactividad de cesantías e intereses moratorios» y «enriquecimiento sin causa» (fls.303 a 308).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 3 de marzo de 2020, declaró no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el PAR-ISS; declaró que entre el demandante y el entonces ISS (liquidado) hoy PARISS en su condición de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido que finalizó sin justa causa el 31 de marzo del 2015. Absolvió a las codemandadas de las demás pretensiones de la demanda e impuso condena en costas y agencias en derecho a cargo del demandante.

Para arribar a tal conclusión, señaló en lo que respecta a la excepción de cosa juzgada, fundada en la circunstancia de haberse celebrado acuerdo conciliatorio entre las partes ante el Ministerio del Trabajo, en donde el demandante declaró estar a paz y salvo con la entidad por todo concepto, sin embargo, advirtió la juzgadora que no se allegó probanza alguna que permitiera determinar si dicha circunstancia

acaeció, sumado a que observó expediente de conciliación No. 1572017064 surtido ante la PGN que resultó fallido por falta de ánimo conciliatorio, por lo expuesto y en razón de no contar con los elementos probatorios suficientes no estaba probada la referida excepción.

En cuanto al contrato de trabajo, precisó no existir controversia respecto de la prestación del servicio del demandante para con el extinto ISS, vinculado en calidad de trabajador oficial, lo cual dedujo de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales, el contenido de la Resolución 9912 del 20 de marzo del 2015 mediante la cual se resolvió recurso de reposición en contra de la resolución que revisó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al demandante. De igual manera, señaló que la relación laboral del actor únicamente quedó supeditada la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el ISS, respecto de las labores desempeñadas desde el 13 de enero de 1997 al 30 de marzo de 2015 por encontrarse estas acreditadas conforme a las certificaciones laborales allegadas al plenario, razón por la cual consideró que sólo se debía liquidar para efectos de establecer la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización por despido ese lapso de tiempo, por ser el periodo laborado por el demandante en calidad de trabajador oficial, única calidad que permite la aplicación de una convención colectiva de trabajo. En ese orden, explicó que no existe lugar a la reliquidación de la indemnización reclamada, pues el demandante sólo tuvo la calidad de trabajador oficial a partir del año 1997 cuando fue vinculado a través de un contrato de trabajo, en concordancia con lo establecido en el Decreto 416 de 1997, aunado a ello informó que al no haberse allegado pruebas de que se haya realizado una liquidación por el periodo del 3 de enero de 1996 al 12 de enero de 1997 quedó comprobado que sólo con posterioridad al 13 de enero de 1997 le era aplicable al actor el derecho convencional en su condición de trabajador oficial.

En cuanto a la terminación del vínculo laboral, anotó que la misma obedeció a la liquidación del ISS conforme a lo dispuso el Decreto 2714 de 2014 que estableció como fecha final el 31 de marzo de 2015, situación que subrayó se trata de una causa legal, pero que no está amparada en una justa causa, no obstante observó que a través de la Resolución No. 8339 se liquidó, ordenó y se realizó el pago definitivo de cesantías, indemnización y demás prestaciones sociales adeudadas al demandante, en la cual se corroboró que al actor se le reconoció una suma de \$92.735.072 por concepto de indemnización por despido en injustificado, de acuerdo a las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo, artículo 5º, suscrita entre el ISS y el sindicato de los trabajadores de la seguridad social.

Ahora bien, sobre la aplicación de la convención colectiva de trabajo específicamente en lo que concierne a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, informó que la prueba de la misma es ad substantiam actus por erigirse como un instrumento único y necesario para afirmar la existencia de determinado acto, elemento que es irremplazable y solemne del acto formal según se dispone en la sentencia SU-1185 de 2001, por lo que aseveró que la existencia de un derecho convencional no puede acreditarse a través de testimonios, confesión de su patrono o pruebas documentales, por lo tanto, no era posible dar por cierto un hecho ante la ausencia de su fuente formal. En este orden, señaló que la convención aportada se hizo de manera inconsistente, toda vez que, no se allegó la constancia de su depósito ante el Ministerio de Trabajo, por lo expuesto subrayó no era dable dar por demostrado la existencia de una Convención Colectiva de Trabajo y menos aún reconocer los derechos reclamados con base a ello, por lo cual, debía absolverse a las demandadas de dichas pretensiones.

Finamente, respecto a las cesantías retroactivas y la reliquidación de intereses sobre las cesantías anotó que no obstante lo anterior y ante la falta de depósito de la Convención Colectiva de Trabajo, precisó al respecto que los empleados públicos y trabajadores oficiales ya contaban con un régimen de liquidación anual de cesantías desde 1968 con la expedición del Decreto 3118 de 1968, lo cual no obstaba para que se generaran acuerdos en los que se consigne la retroactividad de las mismas, recordando en tal sentido, que se pactó entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS la congelación de las cesantías por un lapso de 10 años, donde las mismas se cancelarían de manera anualizada, pero que, al no existir prueba del derecho alegado por el demandante al no haberse allegado de manera legal y formal la Convención Colectiva de Trabajo, debía absolver igualmente a las demandadas de esta pretensión.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual sustentó en los siguientes términos: «Su señoría para interponer recurso de apelación contra toda la sentencia, respecto a las precisiones que se tuvieron en el fallo, ya que la interpretación del derecho se torna restrictiva y se debe aplicar el principio de favorabilidad en la interpretación de la norma, en la medida de que el acuerdo convencional sí le aplica al señor LUIS GUILLERMO, toda vez que las personas que presten sus servicios en una entidad que ejerzan el objeto social hacen parte del personal y deben aplicarle la convención colectiva, así no haya sido vinculado formalmente. Eso lo podemos observar en sentencias reiteradas de la Sala de la Corte Suprema de Justicia (sic), Sala Laboral en

sentencia expediente 26539 del 29 de septiembre de 2006 y la 33759 del 1° julio de 2009. No siendo más los argumentos de mi apelación, su señoría estos son».

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión señalando que la falladora de primer grado «dio una interpretación restrictiva de la norma y la jurisprudencia en deterioro de los principios de primacía de la realidad sobre la formalidad y de la favorabilidad en la interpretación de la norma más favorable al trabajador, al igual que no se le dio prevalencia al amplio acervo probatorio allegado con el escrito de demanda. En consecuencia, se solicita revocar la decisión y se proceda a reconocer que el señor Luis Guillermo inició sus labor (sic) desde el día 03 de enero de 1996 hasta el 31 de marzo de 2015 dando prevalencia a la primacía de la realidad sobre las formas» y que siempre desempeñó la calidad de trabajador oficial y por ello, debió «liquidar las prestaciones conforme lo liquidado por ISS (sic) de acuerdo con la convención colectiva de trabajadores incluyendo el periodo de 03 de enero de 1996 al 17 de diciembre 1996». Agregó que «se debe dejar claro que durante la etapa inicial y probatoria el PAR ISS desarrollo en debida forma su derecho al debido proceso y nunca tachó de falsas o reprochó la copias simples (sic) de la convención aportadas con la demanda, de igual forma se debe dejar claro que la Ley 1564 de 2012 (C.G.P.), ha manifestado que las copias simples se presumen auténticas si no son tachadas de falsas, por lo tanto estas presumían su autenticidad y legitimidad dentro del proceso, de igual forma dentro de los demandados se llamo (sic) al Ministerio del Trabajo con el fin de que si el juzgador requiriera de una de estas entidades para obtener mayor información probatoria y que pudo haber solicitado a este Ministerio las copia auténticas de la convención colectiva de trabadores, sin generar una carga probatoria rígida sobre el demandante...», en tal sentido reiteró que si «no se observa el certificado de depósito de la convención como lo manifestó en el fallo de primera instancia, no es menos cierto que dentro de los demandados nuca se tachó de falsa y que también se pudo solicitar una copia autentica en el desarrollo de la etapa probatoria, toda vez que el demandante es una persona de especial protección constitucional al contar con una discapacidad también acreditada dentro del expediente, y que pudo haber subsanado cualquier duda dentro del fallador de primera instancia, es así que en aras de aclarar cualquier situación confusa ya que no fue tachada de falsa la convención se procedió en el mes de marzo de la presente anualidad a solicitar al Ministerio de trabajo copia autentica de la convención y del certificado de depósito, todo esto para que el Tribunal pueda observar que el documento aportado

con la demanda y las copias auténticas conservan una fidelidad en su contenido y pueda prevalecer el derecho sustancial sobre los requisitos burocráticos, propios de la interpretación jurisprudencial...».

Por su parte, las accionadas presentaron alegaciones con argumentos similares a los señalados en sus respectivas contestaciones a la demanda.

### PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión en atención a lo preceptuado en los artículos 66 y 66A del CPTSS, determinar inicialmente, si la convención colectiva de trabajo aportada al proceso (CD folio 115), tiene valor probatorio alguno, de ser así, establecer si hay lugar al pago de las acreencias de carácter convencional solicitadas en la demanda, específicamente la reliquidación de las prestaciones, cesantías e intereses a las cesantías y la indemnización convencional. Además de la sanción moratoria por la demora en el pago o consignación de deudas laborales.

### CONSIDERACIONES.

Por lo anterior, previo a abordar el estudio puntual del problema jurídico planteado, la Sala de Decisión debe advertir que la declaración judicial, así como las consideraciones sobre la existencia de un solo contrato de trabajo a término indefinido a partir del 13 de enero de 1997, el cual finalizó sin justa causa el 31 de marzo de 2015, en calidad de trabajador oficial del extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS, no fueron motivo de reproche alguno al momento de formular y sustentar el recurso interpuesto, potísima razón para que la Sala de Decisión se releve de su estudio, como pasa a verse:

La apelación interpuesta por el apoderado de la parte actora, antes transcrita, nada dijo en torno a los aspectos relacionados con la existencia de un contrato de trabajo desde el año 1996, argumento que luego vino introducir con los alegatos de conclusión en esta instancia, lo cual no permite a esta Sala iniciar estudio alguno sobre ese puntual aspecto, recuérdese que el artículo 66A de la misma obra adjetiva, impone que la sentencia de segunda instancia «deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación». En ese orden de ideas, es claro para la Sala de Decisión que en materia laboral el recurso de apelación debe ser interpuesto y sustentado de manera oral una vez notificada en estrados la sentencia (artículo 66 CPTSS), indicando las razones de su inconformidad frente a la decisión de primer grado, únicas que serán materia de resolución por parte del Ad quem (artículo 66A ibídem), circunstancia que no se presentó en el presente asunto por parte de la

apoderada del demandante y en ese sentido, se itera, le resulta imposible a la Sala realizar estudio alguno en torno a si entre el demandante y el ISS existió un contrato de trabajo entre el 03 de enero de 1996 y el 12 de enero de 1997.

Aunado a lo anterior, el actor pretende subsanar tal falencia con la presentación los alegatos de conclusión en esta sede judicial, lo cual no resulta admisible pues la oportunidad para rebatir la sentencia de primer grado y sustentar debidamente los motivos de inconformidad contra ella, no es otra que en la primera instancia y en estrados, una vez se profiere la decisión del juzgador de instancia, de modo que no resultan admisibles los argumentos tendientes a proponer puntos nuevos ni sustentar la inconformidad contra ella, pues no fueron esbozados en esa oportunidad y de ser aceptados por esta Corporación para entrar a verificar su estudio, resultaría a todas luces atentatorio contra el derecho de defensa y debido proceso que le asiste al extremo accionado, sorprendiéndoles con argumentos que no fueron vertidos en su oportunidad procesal.

Así las cosas, se estudiarán únicamente los puntos expuestos en el problema jurídico planteado, los cuales van en consonancia con lo establecido en el artículo 66A del CPTSS.

En tal medida, precisa la Sala que se encuentra acreditado dentro del plenario que el actor laboró al servicio del extinto Seguro Social en calidad de trabajador oficial, en el cargo de Técnico de Servicios Asistenciales desde el 13 de enero de 1997 hasta el 31 de marzo de 2015, al haberse extinguido la entidad empleadora, razón por la cual, según se deduce de la liquidación definitiva de prestaciones sociales obrante a folio 14, se le canceló la indemnización de carácter convencional por dicho tiempo laborado por la suma de \$92.735.072, de igual manera, lo relativo a las cesantías e intereses a las cesantías. Lo anterior sugiere que el demandante estaba cobijado por una convención colectiva de trabajo.

Ahora bien, frente a la reliquidación de dichos emolumentos de carácter convencional advierte la Sala de entrada que no tienen vocación de prosperar, no sólo porque no hay lugar a sumar el tiempo adicional de servicios antes mencionado, sino porque, tal y como se determinó en primera instancia, la Convención Colectiva de Trabajo de la cual se pretenden derivar dichos reajustes, no se encuentra aportada con las formalidades legales para ser estudiada.

En efecto, a folio 115 reposa en medio magnético el denominado ACUERDO INTEGRAL ENTRE EL GOBIERNO, EL SEGURO SOCIAL Y SINTRASEGURIDADSOCIAL OCTUBRE DE 2001, el cual, a primera vista ni



siquiera sugiere que se trate de una convención colectiva de trabajo, aunado a ello y principalmente, dicho texto no se acompasa con lo establecido en el art. 469 del CST, según el cual:

«La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto».

En este sentido, conforme se ha enseñado en la inveterada jurisprudencia laboral, entre otras muchas en las sentencias SL CSJ, radicación 22912, SL3929-2019 SL2186-2019, [...] el depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo es una exigencia de la ley para su validez, como reiteradamente lo ha señalado la Sala en los siguientes términos: “al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando su texto auténtico, así como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo” (Sentencias de 16 de mayo de 2001, rad. N° 15120 y de 4 de diciembre de 2003, rad. N° 21042)».

Ahora bien, no desconoce la Sala que al tenor de lo descrito en el numeral 3° del artículo 54 A del CPTSS, adicionado por la Ley 712 de 2001 en su artículo 24, se le otorga valor probatorio a las reproducciones simples de «Las convenciones colectivas de trabajo, laudos arbitrales, pactos colectivos, reglamentos de trabajo y estatutos sindicales», empero no resulta menos cierto que tales reproducciones simples deben contener también prueba de la constancia de depósito a la que alude el artículo 469 en cita, pues tal constancia, es el medio de acreditación de la existencia y validez de la convención colectiva de trabajo y los derechos que en ella se incorporan a favor de los trabajadores, por lo cual en el sub lite, al invocarse por parte del accionante un derecho en ella contenido, como lo es la indemnización de carácter convencional, debió allegar no sólo el denominado acuerdo tipo folleto de la pretendida convención, sino también prueba de su respectiva constancia de depósito, por así habilitarlo el artículo 54A del estatuto procesal laboral, en concordancia con lo preceptuado por el citado artículo 469 del C.S.T. (Al respecto, ver entre otras muchas, la sentencia CSJ SL Rad. 27354 del 28 de mayo del 2007).

Conforme a lo expuesto, el demandante no demostró la existencia de la convención colectiva de trabajo, mucho menos que esta le fuere aplicable a los derechos laborales que ahora reclama, con ello, incumplió con la obligación probatoria que le asistía de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba contenidas en el artículo 167 del actual Código General del Proceso, aplicable a las causas judiciales del trabajo y de la seguridad social, acorde con lo que dispone en materia de reenvió el artículo 145 del estatuto de la materia, aquel que exige a las partes «probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen», omisión irreparable que impide la prosperidad de la peticiones relacionadas con el antedicho beneficio convencional.

Desde luego que le resulta vedado a la Sala entrar a valorar el texto aportado en esta sede judicial, como quiera que no resulta esta la oportunidad procesal para introducir dicha prueba, debió hacerse en primera instancia, sin que sea dable admitir como lo sugiere en sus alegaciones, que por no haber sido tachada o porque fue admitida como prueba, resulte suficiente para darle el valor probatorio que persigue y tenerla como válida, pues de éste al igual que todo el acervo probatorio allegado oportunamente sólo viene a darse tal connotación al momento de proferirse la sentencia, no antes, como erradamente lo cree el recurrente, pues en la sentencia es que se le da su valor y alcance demostrativo.

En tal sentido, como las pretensiones de la demandante pendían de lo anterior no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por ende, se confirmará la decisión de primer grado, como quiera que arribó a similares conclusiones. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

#### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DORIS CECILIA ALARCON PEREZ contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 110013105-011-2015-00562-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado de jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de la señora MARINA SAAVEDRA CAMACHO, respecto de la sentencia proferida el 20 de mayo del año 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

DEMANDA: La señora DORIS CECILIA ALARCON PEREZ GOMEZ pretende se declare que la señora LUZ MARIA GARCIA GRANADOS no fue compañera permanente del señor GERMAN GANTIVA GARZON, en los últimos cinco años de su existencia, así mismo, que no tuvo convivencia simultánea o compartida con esta; en consecuencia, no tiene derecho a la pensión de sobreviviente. Se declare que ella es la única persona con derecho a la pensión de sobreviviente, en consecuencia, se autorice a COLPENSIONES pagar a su favor, dicha prestación en su condición de cónyuge superviviente del afiliado al RPMPD GERMAN GANTIVA.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que entre ella y el señor GERMAN GANTIVA GARZON CARDONA, se mantuvo una relación de compañeros permanentes desde el año 1974 hasta el día del fallecimiento del señor GANTIVA el 1° de octubre de 2006. En el año de 1994 contrajeron nupcias, dentro de este matrimonio se procreó a GERMAN ARLEY GANTIVA ALARCON nacido en el año de 1986, igualmente manifestó que su cónyuge sostuvo dos relaciones sentimentales

esporádicas, sin convivencia permanente, con la señora LUZ MARINA GARCIA GRANADOS con quien procreó 2 hijos de nombres INGRID CATHERINE GANTIVA GARCIA y DAVID ESTEBAN GANTIVA GARCIA, y con la señora MARIA SAAVEDRA CAMACHO con quien concibió tres hijos, WENDY LAZARINE GANTIVA SAAVEDRA, KATIE JHOANA GANTIVA SAAVEDRA, y CINDY CAROLINA GANTIVA SAAVEDRA. Informó que en el año 2007 la señora SAAVEDRA instauró demanda de reconocimiento, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho que supuestamente sostuvo con el señor GANTIVA, cuyos demandados fueron las señoras ALARCON y GARCIA, pretensiones que le fueron negadas en primera y segunda instancia por la jurisdicción familiar de este distrito judicial. Que las señoras GARCIA y GRANADOS, presentaron solicitud de pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de GERMAN GANTIVA GARZON en los años 2013 y 2014 respectivamente, por su parte COLPENSIONES, negó dichas peticiones hasta tanto la jurisdicción competente determine a quien de las pretendidas beneficiarias le corresponde el derecho. Agregó que en su condición de cónyuge convivió con el finado hasta su fallecimiento, conforme lo prueban documentos en los que se reflejan actividades cotidianas permanentes, relacionadas con el trabajo y asuntos personales como la relación de bancos, estudios realizados, documentos relacionados con sus dolencias y negocios personales, documentos que sólo se guardan en el lugar de residencia permanente, y quien tiene acceso a ellos es la persona con quien comparte su vida en forma permanente. Finalmente señaló que, a pesar que la señora LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS procreó tres hijos con el causante, no convivió con él de forma permanente, no existen hechos ni elementos probatorios que demuestren lo contrario, igual como sucedió con la señora MARINA SAAVEDRA CAMACHO, con quien procreó dos hijos y el Juzgado 2° de Familia así lo estableció (fls. 129 a 138).

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES: Contestó la demanda sin oponerse ni allanarse a las pretensiones, argumentando que se trata de una controversia entre presuntas beneficiarias y que la entidad pagará la pensión a quien la justicia ordene, en los porcentajes que ella determine. propuso excepciones de fondo: «inexistencia actual de las obligaciones», «cobro de lo no debido», «buena fe», «prescripción» y «genérica» (fls.169 a 172).

LUZ MARINA GARCIA GRANADOS: Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que la pretensión de la actora de obtener para sí la sustitución de la mesada pensional del extinto GERMAN GANTIVA GARZON CARDONA se encuentra al margen de la justicia y el derecho,

ya que fue ella quien en su calidad de compañera permanente del mismo, convivió con el causante en los 5 años previos a su fallecimiento, y que este no tuvo convivencia compartida y simultánea con la aquí demandante durante los últimos 5 años de vida, por lo anterior expuso y argumenta que sólo ella tiene derecho a la pensión de cónyuge supérstite, manifestó que se constituyeron en pareja marital de hecho, desde el año de 1994, producto de esta unión concibieron dos hijos nacidos en los años de 1997 y 2004, agregó que los últimos años de vida del señor GANTIVA presentó quebrantos de salud, razón por la cual requirió atención constante de ella, hasta el momento de su fallecimiento, agregando que una vez conocido el deceso del señor GANTIA, la demandante se apoderó de manera arbitraria de elementos personales, los cuales exhibe como pruebas. Propuso las excepciones de: «prescripción de la acción», «inexistencia del derecho para la señora DORIS CECILIA ALARCON PEREZ», e «inexistencia de los requisitos de fondo para que hubiese existido una sociedad patrimonial de hecho entre la demandante y el SEÑOR GERMAN GANTIVA GARZON» (fls. 183 a 186 y 293 a 297).

El juzgado de conocimiento, junto con la admisión de la demanda, ordenó vincular como interviniente ad excludendum a la señora MARINA SAAVEDRA CAMACHO (fl. 153), sin embargo, no compareció al proceso, por lo que se le notificó por aviso, se efectuó el emplazamiento y se le designó curador ad litem (fls. 304 a 322), para lo cual, intervino en el proceso solicitando se declare que la aquí interviniente fue compañera permanente del señor GERMAN GANTIVA GARZON, quien tuvo convivencia de manera simultánea con las señoras ALARCON y GARCIA, como consecuencia solicitó que se le otorgará la sustitución pensional de manera compartida con las demandadas, fundamentándose en el artículo 34 del Decreto 758 de 1990 que trata de controversias entre pretendidos beneficiarios (fls.340<sup>a</sup> 342).

LUZ MARINA GARCIA GRANADOS: Allega escrito de demanda de intervención excluyente, pretendiendo que se declare que la señora ALARCON no tiene derecho a la pensión de sobreviviente del fallecido señor GANTIVA pues se trató de una relación esporádica, sin convivencia continua, real y efectiva. Así mismo que se declare que la aquí interviniente tiene derecho a la cuota parte de la sustitución, de la asignación que compartía con los hijos del fallecido, mientras estos cumplan la mayoría de edad, hasta completar el 100% de la pensión que le correspondía al señor GANTIVA, igualmente que se ordene a COLPENSIONES pagar a su favor, la cuota de la pensión que le corresponde como compañera permanente sobreviviente del señor GERMAN GANTIVA. Fundamentó sus pretensiones en la convivencia ininterrumpida, desde 1994 hasta la fecha del fallecimiento del causante, el cual proveía el sustento del núcleo familiar y afiliación

también a sus hijos al servicio médico del SENA entidad en la cual laboraba (fls.343 a 346).

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA AD EXCLUDENDUM PROMOVIDA POR LAS INTERVINIENTOS AD EXCLUDENDUM.

COLPENSIONES: Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y solicitó se absolviera a COLPENSIONES de todos y cada uno de los cargos que en su contra se formularon, y que se condene en costas a la demandante, argumento que el artículo 47 de la ley 100 de 1993 establece que el cónyuge o compañero permanente supérstite debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte o logre acreditar que convivió con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte, así las cosas, una vez analizada las pruebas obrantes en el expediente se establece que no hay certeza de la convivencia de la solicitante con el causante, por tanto COLPENSIONES, no puede ir más allá de lo que establece la norma, por las razones expuestas hay inexistencia del derecho y de la obligación, por falta de causa y título para pedir. Propuso las excepciones de fondo, de «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «inexistencia del derecho», «cobro de lo no debido», «buena fe de COLPENSIONES», «no configuración del derecho al pago del I.P.C ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «Carencia de causa para demandar» e «innominada o genérica» (fls.351 a 362).

Mediante auto del 15 de enero de 2018, se tuvo por contestada la demanda presentada por las intervinientes ad excludendum MARÍA SAAVEDRA CAMACHO y LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS por parte de COLPENSIONES; y se tuvo por no contestadas las demandas de las intervinientes por parte de la señora DORIS CECILIA ALARCÓN (fls.371).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 20 de mayo del año 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a las señoras DORIS CECILIA ALARCON PEREZ en condición de cónyuge supérstite y a LUZ MARINA GARCIA GRANADOS en su calidad de compañera permanente, la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento del señor GERMAN GANTIVA GARZÓN, en su orden, el equivalente al 55% para la cónyuge supérstite en atención a los 14 años de convivencia y al 45% a la compañera permanente dado el tiempo de convivencia con el causante que lo fue de 12 años, pago que se deberá hacer de

manera retroactiva a partir del 1° de octubre de 2006 sobre el 50% de la mesada pensional, hasta el 24 de junio de 2027 fecha en la cual deberá incrementarse al 100% de la mesada pensional atendiendo el cumplimiento de los 25 años de edad del hijo menor del causante DAVID ESTEBAN GANTIVA GARCIA en los términos resueltos por COLPENSIONES, siempre y cuando éste cumpla con los requisitos de estudios. Autorizando expresamente a dicha entidad pagadora a realizar los descuentos de ley a salud. Absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, particularmente las elevadas por la interviniente ad excludendum señora MARINA SAAYEDRA CAMACHO. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción planteada por la pasiva, respecto de todas y cada una de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de junio de 2012. No impuso costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señalo que al estar vigente la Ley 100 de 1993 al momento del fallecimiento del causante, eran aplicables los artículos 46 y 47 de dicha norma, en tal medida, encontró que la señora DORIS CECILIA ALARCON PEREZ logró acreditar que el 1° de octubre de 1994 contrajo nupcias con el señor GANTIVA, que mantuvo el vínculo, más no su convivencia efectiva, ya que de mutuo acuerdo decidieron que él conviviría con sus padres, lo que basta para concluir que no convivieron los últimos 5 años de su existencia, configurando una separación de hecho, sin embargo, encontró que conforme lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el cónyuge que pretende el derecho podrá ser beneficiario siempre que no se haya disuelto el vínculo matrimonial y acredite una convivencia de 5 años en cualquier tiempo y para el caso en cuestión el vínculo matrimonial nunca se disolvió como establece el registro civil, de igual modo señaló que analizadas las pruebas testimoniales de la señora NELLY STELLA GANTIVA hermana del causante, se aportaron detalles de tiempo, modo y lugar de la convivencia de la demandante y el causante, dando fe a la relación sentimental que sostuvieron desde el año de 1974, producto de la cual procrearon un hijo en 1986, año en el que convivieron bajo el mismo techo hasta el 2000, cuando se produjo una separación; indicó igualmente que por los testimonio rendidos por la señora PILAR CRISTINA JURADO tía política de la señora ALARCÓN quien declaro que la pareja convivió, y que compartía fechas especiales como navidad, cumpleaños, día de la madre, y GERMÁN ALARCÓN hijo de la pareja, los cuales contaban con cercanía a la pareja y por ello merecían credibilidad. Por otro lado, descartó el testimonio de NIDIA ANGELICA RODRIGUEZ ZAMORA, toda vez que manifestó que tuvo contacto con el causante en solo 2 ocasiones, y su conocimiento es de oídas. Por su parte la señora LUZ MARINA GARCIA GRANADOS, estableció que tuvo una relación con el señor GANTIVA desde 1994 hasta el momento de su muerte,



mediante pruebas documentales como los servicios funerarios de los cuales ella se encargó, la declaración extra juicio del 16 septiembre de 2005, rendida por la pareja, en la cual el señor GANTIVA manifestó bajo la gravedad de juramento que vivía en unión libre con la señora LUZ MARINA GARCIA desde hacía 3 años, igualmente con el testimonio de la hermana del causante NELLY STELLA GANTIA, que dio fe de haber conocido a la señora GARCIA y conocía su relación desde 1994 hasta la fecha del fallecimiento de su hermano. El testimonio de CAMPO ELIAS ROMERO CHIQUILLO, amigo de la pareja a quien le consta que la señora GARCIA y el señor GANTIVA vivieron en la misma casa.

En cuanto a la señora SAAVEDRA, indicó, no se logró acreditar convivencia con el causante pues no compareció al proceso y si bien de manera acertada la curadora Ad litem expuso sus motivos, no dio razón de siquiera haberla conocido y en los testimonios la hermana del causante NELLY STELLA GANTIA afirmó que si bien tuvo tres hijos con la señora SAAVEDRA nunca convivió con el causante, pues su relación fue de negocios al tener una empresa en conjunto, de ahí que no sea beneficiaria y que no tenga el derecho al reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que se había configurado parcialmente respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de junio de 2012, como quiera que las solicitudes pensionales se presentaron el 1° de agosto y 3 de mayo del 2007 respectivamente, las cuales fueron resueltas por la administradora mediante resolución el 18 de septiembre del año 2009, no obstante, la demanda se radicó el 24 de junio de 2016.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando se le absuelva de todos cargos formulados en su contra. Los demás intervinientes guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y la señora MARINA SAAVEDRA CAMACHO, si a ésta última y a las señoras DORIS CECILIA ALARCÓN

PÉREZ y LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor GERMÁN GANTIVA GARZÓN.

### CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que el causante GERMÁN GANTIVA GARZÓN falleció el 1° de octubre de 2006 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto a folio 125, además debe advertirse que no fue objeto de controversia, que el antes citado detentaba la calidad de afiliado a la fecha de su muerte y que por virtud de tal insuceso, el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 030210 del 07 de julio de 2009, concedió pensión de sobrevivientes a los beneficiarios hijos del causante: KATIE JOHANA GANTIVA SAAVEDRA, CINDY CAROLINA GANTIVA SAAVEDRA, INGRI KATERINE GANTIVA GARCIA, y DAVID ESTEBAN GANTIVA GARCIA; de igual modo, negó la pensión de sobrevivientes a la señora MARINA SAAVEDRA CAMACHO y dejó en suspenso tal reconocimiento respecto de las señoras LUZ MARINA GARCIA GRANADOS y DORIS CECILIA ALARCON PEREZ (fls. 141 a 141, 243, 244 y CD fl. 337). Lo anterior, pone de presente que se dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes por parte del causante.

Así las cosas, para determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, específicamente en lo que refiere a la convivencia, el estudio debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte de la asegurada o pensionada fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó «el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que «no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional».

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

«...de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (...)

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

(...)

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». <Resaltados fuera del texto>.

En este orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, sino que debe acreditarse tal calidad y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, sin que haya lugar a efectuarse distinción alguna entre el tipo de beneficiarios, acreditándose en todo caso, también la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la

ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se procede a analizar el acervo probatorio, para lo cual indica la Sala que se acreditó la calidad de cónyuge supérstite de la accionante con el registro civil de matrimonio obrante a folio 123. De igual manera, se recaudaron los siguientes testimonios:

PILAR CRISTINA JURADO MESA, quien manifestó ser tía política de la señora DORIS ALARCON, que conoció al señor GANTIVA hace 40 años, tiempo en el cual nunca tuvo conocimiento de otros hijos, que compartía con ellos reuniones familiares, la boda, navidad, cumpleaños, que sólo fue en 2 oportunidades al apartamento de ellos, compartiendo no más de 6 veces, en donde convivía la señora ALARCON y el señor GANTIVA, pues manifiesta que las demás reuniones siempre fueron en la casa de la madre de DORIS ALARCON. Expuso que nunca visitó al señor GANTIVA y que desconocía cuál era su enfermedad, posteriormente se enteró porque visitaba a un familiar en el hospital y se encontró con el hijo del causante ARLEY GANTIVA. Agrego que no tuvo una relación cercana con el señor GANTIVA y que no le consta si se separó de la señora ALARCON, además que no tenía conocimiento que él vivió en la casa de sus padres. De igual modo, declaró que DORIS ALARCON estaba enferma de la vista, y que además tenía artritis, pero desconocía más detalles. Reconoció que el señor GANTIVA presentaba como su esposa a DORIS ALARCON, más no le consta donde convivieron, porque solo iba cuando la invitaban a algún evento, agregó que no trataban temán íntimos con la señora ALARCON, pues solo departían en las fiestas

INGRID KHATERIN GANTIVA GARCIA, hija del causante y la señora GARCIA, manifestó que sus papás siempre estuvieron juntos, que tenía conocimiento de las señoras SAAVEDA y ALARCÓN, como también de los demás hijos. Indicó que su padre tenía la dirección de la casa de sus padres, como dirección de correspondencia, pero siempre convivió con su madre, sus hermanos, su abuela y ella; que su padre siempre le recalcó la hermandad, y aunque no fueron muy cercanos a la familia SAAVEDREA, si lo fue con ARLEY GANTIVA, con quien compartía eventos familiares, además de todas las navidades y año nuevo, junto a su padre, quien lo acompañaba a visitar a sus demás hijos. Mencionó que el matrimonio con la señora ALARCON fue para solicitar una casa, pero nunca los vio convivir, sabía que iba con ella a reuniones del colegio de su hijo ARLEY. De igual manera, refirió que su padre tenía dolores con ocasión al cáncer en la medula espinal y

peritonitis que padecía, y que fue su madre quien asistió a su padre en su enfermedad, agregando, en los carteles de la funeraria era su madre la persona que figuraba, junto a los hijos. Enfatizó que su padre la apoyaba económica, y emocionalmente, además dice constarle que sus padres se quedaban en la misma habitación, que fue eventualmente que su padre bebía y se quedaba a dormir en la casa de sus abuelos, porque a su madre le molestaba, puntualizando que eso sucedía 1 o 2 veces al mes, de igual forma indicó que su padre se alimentaba en su casa. De igual manera, señaló que a sus demás hermanos su padre los apoyaba económicamente e incluso a veces iban a su casa, o al trabajo. Recordó que, al momento de la hospitalización de su padre, por ser menores de edad, no podían ingresar al hospital, así que él tuvo que desplazarse hasta donde ellos estaban, anotando que este hablaba con la SAAVEDRA por lo laboral y con ALARCON por su hijo.

LIDIA ANGELICA RODRIGUEZ SAMORA: Afirmó conocer a la señora ALARCON porque son amigas, que se conocieron aproximadamente en el año 1996 en el trabajo, que conoció al señor GANTIVA a través de la señora ALARCÓN, como su esposo, con quién no tuvo una relación cercana, pues fue una vez al apartamento y otra vez a la casa de los padres de la señora ALARCON, por la primera comunión de su hijo ARLEY GANTIVA en el año 1998 y en otra oportunidad en la casa de la señora ALARCON y el señor GANTIVA, manifestando en todo caso, que no le constaba la convivencia de estos pues sólo conocía la relación por lo que le contaba la señora DORIS ALARCON, ya que no compartió más espacios con la pareja; así mismo informó que desconoció de otra relación y de los hijos del causante, y fue hasta el fallecimiento que conoció de las otras señoras y los demás hijos. Declaró que sabía del distanciamiento del señor GANTIVA con la señora ALARCON por los problemas de artritis y en la vista que padecía esta última, pero desconocía que el señor GANTIVA estaba enfermo, puntualizando, que lo vio recoger a la demandante DORIS ALARCON al laboratorio donde trabaja, y que ella lo presentó como: «GERMAN».

GERMAN ARLEY GANTIVA ALARCON: Hijo de la demandante DORIS CECILIA ALARCON y el finado GERMAN GANTIVA, quien manifestó que su padre con la señora SAAVEDRA tuvo un vínculo laboral, agregando que sus padres siempre durmieron juntos, además se dieron apoyo mutuo económico. Indicó que sus padres se conocieron en el año de 1974, y contrajeron nupcias en 1994 manteniendo la convivencia, recordando que la boda se realizó por rito católico, y que asistieron los amigos y familiares de su padre. Expresó que sus padres adquirieron un apartamento a través de un crédito hipotecario, el cual tenía como requisito el matrimonio y la

convivencia, apartamento donde vivieron allí hasta el año 2000, momento en el cual compraron una casa más grande, lugar donde vivieron hasta diciembre del año 2005. Recordó que, por la salud de su madre, él en compañía de su padre se trasladaba a la vivienda de sus abuelos paternos, estando constantemente pendiente de la señora ALRCON, comentó que las pertenencias del señor GANTIVA se encontraban en la casa con la señora DORIS ALARCON, aclarando que ella no se trasladó con ellos, por el dominio de la casa, porque consideraba que tenía su vivienda propia y ella no iba a vivir con sus cuñados. Expuso que su padre atendía los gatos de las medicinas de su madre, y el pago hipotecario de la casa. Igualmente sostuvo que el señor GANTIVA no convivió con la señora GARCIA, pues ellos sólo visitaban la casa de ella para que tuvieran una buena relación con sus hermanos. Mencionó que asistió a su padre en sus problemas de salud junto con la señora GARCIA y su tía ATELLA GANTIVA. Por otro lado, expuso que a los hijos de la señora SAAVEDRA se le realizaban consignaciones bancarias por una demanda por alimentos que había presentado y con la señora GARCIA hacía el pago en efectivo; que en algunas ocasiones lo acompañó a que diera el pago a sus hermanos. Agregó, que a las reuniones que tenía con sus hermanos lo acompañaba la señora DORIS ALARCON, su madre, para con posterioridad llevar a sus hermanos con sus respectivas madres.

MARIA NELSY SUPELANO MARTINEZ: Manifestó ser vecina y amiga de la señora GARCIA, a quien dijo conocer hace 40 años, afirmó que su vecina tenía una relación con el señor GANTIVA, hace 22 años; que ellos convivieron durante 9 a 11 años, manifestó que el señor GANTIVA vivía en la casa con LUZ MARINA GARCIA GRANADOS, y que convivieron hasta cuando él se enfermó y tuvo que ser hospitalizado hace 13 años, recordó que la familia GARCIA invitó a sus familiares, y vecinos al sepelio. Agregó que da fe que la señora GARCIA diariamente cuidaba al señor GANTIVA en su hospitalización, pues le cuidaba (la testigo) a los hijos mientras ella hacía esas diligencias.

CAMPO ELIAS ROMERO CHIQUILLO: Informo conocer al señor GERMAN GANTIVA, pues eran vecinos vivían a 8 casas en la misma cuadra, recordó que el causante le presentó a la señora LUZ MARINA GARCIA como la esposa, y se refería a ella como tal. Agregó que siempre se reunían en una tienda o jugaban tejo. Precizando, que conoció al hijo del señor GANTIVA, ARLEY GANTIVA, al cual, la señora GARCIA cuidaba como un hijo, aun no siendo de ella.

NELLY STELLA GANTIA: Hermana del causante, expuso que su relación con él fue muy unida, en razón a la muerte de sus padres en el año de 1993 y de uno de sus hermanos, enfatizando, que tenían una relación de ayuda mutua y que tuvo

conocimiento de las 3 mujeres. Recuerda que la señora ALARCON fue la primera mujer que ella conoció en el año 1974, luego tuvo conocimiento de la señora SAAVEDRA y los hijos que tuvo con ella, después conoció de la relación con la señora GARCIA, desde el año de 1994, con quien compartía mayor tiempo, pues la relación con señora SAAVEDRA era laboral, y manifestó que ellos tenían muchas diferencias. Recordó que la señora ALARCON y el señor GANTIVA en el año de 1986 se fueron a convivir, y explica que esa relación nunca finalizó. Así mismo explicó que vivía en el mismo barrio que la señora GARCIA, y que el señor GANTIA compartía con ella de manera constante hasta el día que falleció.

INTERROGATORIO DE PARTE DORIS CECILIA ALARCON PEREZ: la actora señaló que contrajo nupcias con el señor GANTIVA el 1° de octubre de 1994, con quien convivió de manera ininterrumpida desde 1974, hasta noviembre del año 2005. Manifestó que su esposo presentó cáncer en la columna vertebral y estuvo 3 meses hospitalizado, y que con ocasión al horario de su trabajo no le fue posible asistir al hospital y no tiene conocimiento si las aquí demandadas visitaban al señor GANTIVA, expone que su comunicación al momento de la hospitalización era por vía telefónica. Expresó conocer a la señora LUZ MARINA GARCIA GRANADOS por los dos hijos que tiene con su esposo, también conoce a la señora MARINA SAAVEDRA por su relación laboral con el señor GANTIVA y por las 3 hijas que tenía con él. Explicó que con el señor GANTIVA tiene un hijo de actualmente 32 años, y al momento del deceso del causante vivían en el barrio ROMA, en un apartamento de su propiedad comprado en el año 2000. Manifestó que hasta noviembre de 2005 vivían juntos, pero de común acuerdo el señor GANTIVA, se fue a vivir a la casa de sus padres porque padece artritis reumatoidea, lo cual le impedía cumplir con las labores de la casa, mas no le impidió laborar como coordinadora en gestión documental, dicho acuerdo, sostiene, se dio para que el señor GANTIVA tuviera el apoyo su hermana STELLA GANTIVA y para que su hijo ARLEY GANTIVA tuviera mayor proximidad a la universidad. Añadió que era consciente de la relación del señor GANTIVA con las señoras GARCIA y SAAVEDRA, por los hijos que tenían juntos, y que el contacto que mantenía con ellas era para el sustento de sus hijos, más nunca convivieron, le consta esa relación porque los arriendos de su casa, se le consignaba a las señoras para los gatos de los hijos. Sostuvo que su hijo ARLEY GANTIVA ALARCON, asistió al señor GANTIVA en su enfermedad en la casa de sus abuelos paternos y mantuvo su cuidado el tiempo en el que estuvo hospitalizado y reconoció que la señora LUZ MARINA GARCIA asumió los gastos del entierro, pero precisó desconocer los motivos por los cuales lo hizo, agregando que se enteró del fallecimiento de su esposo, porque su hijo se lo contó, ya que este había estado acompañando a su padre.



Aclaró que su hijo ARLEY GANTIVA y su cuñada lo llevaron a la clínica, y que en los carteles de la funeraria figuraba ella como su esposa, con todos los hijos del señor GANTIVA, a quienes conoció el día del velorio, pero desde antes tenía conocimiento de la existencia de estos. Expreso que tuvo conocimiento de la relación con la señora SAAVEDRA, que inició desde 1982, pero desconoce hasta cuando se mantuvo, por otro lado informó que la señora GARCIA tenía otro esposo y que el señor GANTIVA se refería a ella como: «la vecina», para en el año 2000 contarle que iba a ser padre de un hijo con ella, pero desconoce cuándo inicio esa relación, apuntando que esas relaciones fueron esporádicas y no tuvo vínculo con ellas, porque nunca se separó de él, pese al nacimiento de los demás hijos, pues manifiesta que fue una gran persona, además puntualizó que compraron un apartamento, una casa y carro de manera compartida como reposa en los títulos a nombre de los dos.

INTERROGATORIO DE LUZ MARINA GARCIA GRANADOS: Aseguró que conoció al obitado señor GANTIVA desde su infancia, pues eran amigos y tuvieron una relación desde 1993 y para el 11 de octubre de 1994 comenzaron a convivir juntos, hasta el 1 de octubre de 2006, fecha en la cual fallece. Manifestó que conocía a la señora ALARCÓN, ya que el señor GANTIVA se había casado con ella por conveniencia, para darle una vivienda, pues las nupcias eran requisito para el préstamo hipotecario. Expresó que cuando conoció al señor GANTIVA vivía en la casa de sus padres sólo, por eso comenzó la relación con él, y que conoció a la señora SAAVEDRA al tiempo de estar conviviendo con él, pues se enteró que tenía hijas con ella, pero la relación entre ellos dos era laboral, agregó que los hijos de la señora ALARCON iban a su casa, pues el causante siempre estaba pendiente de su hijo ARLEY GANTIVA, a quien ella trató como otro de sus hijos. Afirmó que ella cuidó al señor GANTIVA durante toda su enfermedad, la cual se agravó durante los últimos 4 meses de su vida, así que ella (la señora GARCIA) lo internó en el hospital; y que para el momento de su muerte, él estaba afiliado a Los Olivos, y fue ella quien estuvo pendiente de las diligencia funerarias, y de llamar a las hijas de la señora SAAVEDRA para que lo visitaran, pero ellas fueron renuentes a acompañarlo. Destacó de igual manera, que la señora ALARCON tampoco visitó al señor GANTIVA en su hospitalización, pero que tanto ALARCON como SAAVEDRA, asistieron a sus exequias ya que ella se encargó de llamar a toda la familia para informar el deceso. Manifestó que cuando comenzaron su relación se escribían por medio de cartas para no ofenderse en persona, que siempre hablaron así, mencionando además, que las cartas las sacó ARLEY GANTIVA de manera abusiva de la casa de sus padres donde el señor GANTIVA las tenía guardadas, que dichas cartas las escribían esporádicamente dependiendo la situación que tenían, sobre todo en disgustos, comentando adicionalmente, que la carta en la cual se le reclama al señor GANTIVA

y le pide volver a formar un hogar fue escrita por la señora SAAVEDRA, no por ella. Anoto que tenía la boleta del ingreso al hospital para acompañar al señor GANTIVA e igualmente la autorización para ser su acompañante. Enfatizó que conocía a la señora ALARCON, pero afirma que no tenían ninguna relación, pues él vivía solo en la casa de sus padres, mediante los hermanos de este, que le decían que él no tenía otra relación, además siempre la presento a ella como «la señora», cuando lo acompañaba a fiestas, reuniones familiares, paseos, reuniones, partidos de fútbol y actividades promovidas por parte del SENA institución en la que él laboraba. Informó que ella conocía a la señora ALARCON pues una vez se presentó en su casa, y le manifestó que ella era la esposa del señor GANTIVA, le decía que iba a primeras comuniones y reuniones en el colegio de su hijo ARLEY GANTIVA, razón por la cual, frecuentaba la casa de la señora DORIS ALARCON, pero nunca se quedó a dormir. Manifestó que la funeraria le regresó parte del dinero que gastó en las exequias, pues ella figuraba como la compañera permanente en los carteles de las exequias y las misas. Para finalizar indicó que la noche anterior a su muerte ella se quedó con el señor GANTIVA y firmó autorización para una cirugía.

Respecto a la prueba documental se encontró que la demandante aportó en aras de demostrar la convivencia, varias cartas manuscritas por la señora LUZ MARINA GARCÍA dirigidas al causante, las cuales dan cuenta que al menos existía una relación sentimental entre esta y el causante desde el año 1994 (fls. 12 a 30), algunos documentos del causante, como diplomas, facturas, carnets laborales, promesas de compraventa, contratos de arrendamientos, certificados de ingresos y retenciones, entre otros, que en modo alguno acreditan convivencia con la demandante. La señora García por su parte, aportó como documentos relevantes formulario de afiliación e inscripción a EPS donde se verifica que ésta se encontraba inscrita como beneficiaria del causante (fl. 210), certificación de servicios funerarios con ocasión del fallecimiento del señor GANTIVA, solicitados por la señora LUZ MARINA GARCÍA (fl. 229), constancia de la Junta de Acción Comunal del Barrio Vitelma (Bogotá) donde se menciona que el causante y la señora GARCÍA residieron varios años allí junto con sus dos hijos. Se agregó, acta de declaración juramentada con fines extraprocesales rendida ante la Notaría 19 del Círculo de Bogotá por el señor GERMÁN GANTIVA GARZÓN fechada 16 de septiembre de 2005 (fl. 232), en la cual manifestó que vivía «en unión libre bajo el mismo techo y de forma permanente desde hace 3 años con LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS... de nuestra unión hay dos hijos llamados INGRID KATHERINE GANTIVA GARCÍA Y DAVID ESTEBAN GANTIVA GARCÍA de 8 y 1 años de edad respectivamente, igualmente manifiesto [...] que mi compañera y mis hijos dependen económicamente de mi: pago todos

nuestros gastos de vivienda, alimentación, vestuario, salud, etc....». Asimismo, a folio 233 aparece certificación expedida por el Servicio Médico Asistencial del SENA Regional Distrito Capital, en la cual se hace contar que los beneficiarios del causante a la fecha de su muerte, eran la señora LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS en calidad de «esposa» y sus dos hijos. Se aportaron igualmente una serie de fotografías, pero que nada informan acerca de las condiciones de modo tiempo y lugar en que fueron tomadas, ni quienes se encuentran en ellas, por lo que nada puede extraerse de ellas en términos de convivencia efectiva (folios 236, 247 a 259, 266, 267), así como unas cartas o esquelas remitidas entre la señora GARCÍA GRANADOS y el señor GANTIVA GARZÓN (fls 268 a 287); también se agregaron los registros civiles de nacimiento de los menores hijos de la pareja GANTIVA-GARCÍA, el último de ellos data del 24 de junio de 2004 (fls. 203 a 204)

Adicionalmente, se agregó al expediente sentencia del 08 de noviembre de 2020, proferida por este Tribunal en su Sala de Familia dentro del proceso ordinario seguido por la señora Marina de Saavedra (vinculada como interviniente ad excludendum al presente proceso), en contra de los herederos del señor GANTIVA GARZÓN, en la cual se pretendió que se declarara la existencia de una sociedad patrimonial de hecho entre ésta y el causante en razón de haber sido compañeros permanentes desde el día 15 de septiembre de 1991 hasta el 1° de octubre de 2016. De allí pueden extraerse en torno a la convivencia que acá se estudia, varios testimonios, como los de la señora MARÍA ELENA VALENCIA VALENCIA quien manifestó que esta pareja convivió desde esa fecha en forma continua y permanente hasta el día 06 de septiembre del año 2003, lo cual sabe porque trabajaban en el mismo taller y veía que este se quedaba a dormir allí y cuando llegaba en las mañanas lo encontraba; ROSA CUEVAS quien dijo que la pareja convivió desde 1989 hasta que murió el señor GANTIVA, pero sin dar cuenta de porque le constaba tal situación, pues no frecuentaba el lugar de habitación de la pareja; el señor CAMPO ELIAS ROMERO CHIQUILLO quien en similares términos a los de la declaración acá recogida, sostuvo que conocía a la señora LUZ MARINA desde el año 1998 por ser vecinos y también del causante, con quien salía a jugar billar y este se la presentó como su esposa, a la que en ocasiones encontraba cuando salía a hacer mercado, que no conocía a la señora SAAVEDRA y que el causante nunca hablaba de ella y que era la señora LUZ MARINA quien acompañaba al médico al causante cuando enfermó. De igual manera, el señor HERNANDO VARGAS GANTIVA, primo del causante, informó en esa oportunidad que el señor GANTIVA GARZÓN tuvo una relación con la señora DORIS, la que duró muy poco, pero que, más tarde se casaron por un asunto de los hijos y para arreglar papeles, y que vivió en la casa de sus padres un

90% y en la de la señora LUZ MARINA, con quien tuvo una relación de 11 años hasta el día de su deceso y que siempre supo que la relación con la señora SAAVEDRA era de carácter comercial y que fue doña LUZ MARINA la que estuvo pendiente del mismo cuando enfermó. CARMEN ROSA CARRANZA informó que don GERMÁN GANTIVA vivía con la señora LUZ MARINA GARCÍA en el barrio Vitelma, siendo esta última quien lo atendió en su última enfermedad, lo cual le consta porque eran vecinos de dicho barrio. BLANCA FLOR BERMUDEZ sostuvo que si bien conoció a la señora DORIS en su lugar de trabajo y al finado por ser su esposo, no le constaba si se separaron y tampoco con quien vivió hasta el momento de su deceso. En esa misma senda la señora NIDIA ANGÉLICA RODRÍGUEZ ZAMORA dijo conocer a la señora DORIS ALARCÓN porque ser compañeras de trabajo e informó allí, que lo que sabe de la convivencia con el señor GANTIVA fue porque la aquí demandante se lo comentó. De los testimonios ISABEL CUELLAR y PILAR JURADO no pudo extraerse nada al respecto (fls. 188 a 202).

Debe decirse que aquel proceso culminó con sentencia desfavorable a las pretensiones de la señora SAAVEDRA. Aunado a lo anterior, se advierten las declaraciones extra proceso que fueron aportadas vía administrativa ante la accionada al momento de reclamar la prestación (expediente administrativo CD fl. 411); allí tanto la señora MARINA SAAVEDRA CAMACHO como los señores FERNANDO BELLAIZAN Y ANDRES JULIAN RINCON CAIPA, mencionaron bajo la gravedad de juramento que aquella convivió en unión libre con el causante desde el 15 de octubre de 1991, hasta el 20 de mayo de 2006; por su parte, la señora DORIS CECILIA ALARCÓN, señaló que la convivencia con el causante perduró desde el 01 de octubre de 1994 hasta el 24 de diciembre de 2005, y las señoras PILAR CRISTINA JURADO MEZA y GLORIA INÉS VACA CARRANZA señalaron que GERMAN y DORIS convivieron bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida durante más de 30 años desde el 04 de marzo de 1974 hasta el 24 de mayo del 2005. Por su parte la señora MARIA NELCY SUPELANO MARTINEZ junto a la señora LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS, informaron en su declaración extra proceso, que este última convivió con el señor GANTIVA GARZON hasta el día del fallecimiento ocurrido el 1° de octubre de 2016.

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que aunque la accionante Doris Cecilia sí convivió con el causante, no lo fue en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. Pues en su caso, está clarificado en el plenario que contrajo matrimonio con el causante, en el año 1994 según el propio dicho de la señora Doris corroborado

con la prueba testimonial, pero ya después de varios años, aproximadamente para el 2005, no es posible hablar de una convivencia continua y especialmente, en esa eventualidad, de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento del fallecimiento del causante, todo lo contrario, desde aproximadamente el año 2005 dejaron la convivencia cuando según la propia accionante decidieron separarse, evidenciando la Sala que se rompió ese vínculo moral, solidario y con vocación de permanencia del afiliado con respecto a la accionante; por lo que, si bien es claro que convivieron como está acreditado, a juicio de la Sala, por espacio de casi 11 años, no es menos cierto la orfandad probatoria que permita dilucidar que después de los meses de mayo y diciembre de 2005, se haya mantenido entre ella y el causante ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, que es el presupuesto que busca atender esta prestación por los efectos que causa la ausencia del fallecido en la persona que lo pierde, pues de ello nada dicen los testigos y de haber mediado algún tipo de acercamiento familiar, este se dio como es apenas lógico porque el mismo se correspondía con la obligación filial del causante por la existencia de sus hijas.

Al respecto, la prueba testimonial recaudada traída a los autos, valorada a la luz de la sana crítica no ofrece a la Sala mayores elementos de convicción y/o credibilidad respecto a una convivencia de la señora DORIS CECILIA ALARCÓN hasta el momento del fallecimiento, nótese incluso que desde las declaraciones aportadas al trámite administrativo se manifiesta que la convivencia sólo perduró hasta el mes de mayo de 2005 o a lo sumo hasta el mes de diciembre de esa anualidad, sin que, se insiste, después de ese momento puedan establecerse vínculos de acompañamiento, solidaridad, lo cual conlleva a concluir que en efecto ese vínculo se rompió por completo.

Todo lo contrario ocurre con la señora LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS, toda vez que, para esta Colegiatura, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que la accionante sí convivió en los términos legales y jurisprudenciales antes explicados, esto es, hasta el momento en que falleció el señor GERMÁN GANTIVA GARZÓN. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las declaraciones extra proceso permiten concluir que la pareja convivió desde el año 1994 hasta el 1° de octubre de 2006, en virtud de la cual procrearon dos hijos, no siendo un dato menor que el último de ellos contaba con menos de dos años al momento de su fallecimiento, advirtiendo la sala que a dichas versiones, las que dan cuenta de la convivencia, se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneas, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las

circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que la convivencia como compañeros permanentes se suscitó con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad, pues la pareja no se separó sino hasta la muerte del pensionado, advirtiéndose la unanimidad en resaltarse que era la señora GARCÍA fue quien estuvo al cuidado del finado en su enfermedad previa a la muerte; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía y familiaridad de los testigos con la pareja, pues se trata de la hermana del causante, amigos cercanos a la familia e incluso de las hijas del causante, a quienes les consta directamente lo afirmado en el proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no observa la sala parcialidad en favor de los intereses de la aquí interesada.

Así las cosas, como la demandante pretendía ser la beneficiaria del causante y afiliado GERMÁN GANTIVA GARZÓN y no demostró la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento de su fallecimiento, no se da cumplimiento al presupuesto contenido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para obtener la prestación por sobrevivencia en calidad de cónyuge supérstite. Igual destino ocurre con la señora MARINA SAAVEDRA CAMACHO, frente a quien a pesar de haberse ordenado su vinculación a la presente litis, las pruebas nada aportan en favor de sus intereses, nótese que incluso tal convivencia le fue negada vía judicial por la jurisdicción de familia, además de su propio dicho en las declaraciones extra procesales aludidas, se indicó que la convivencia no fue hasta el momento de la muerte, sino hasta el 20 de mayo de 2006, por lo que tampoco hay lugar a reconocerle la prestación pensional.

En atención a lo anterior, concluye la Corporación que el requisito fundamental para el reconocimiento de la prestación objeto de estudio, es la demostración de la convivencia real y efectiva y el perjuicio ocasionado por la ausencia del pensionado o asegurado fallecido, resaltándose que lo relevante no es la naturaleza jurídica del vínculo que haya unido a la pareja, sino que lo primordial son los lazos afectivos que se observaron en ella durante la vida del causante y al momento de la muerte. Aspectos que evidentemente no se vislumbran en el caso de marras respecto de las mencionadas DORIS CECILIA ALARCÓN y MARINA SAAVEDRA CAMACHO, pues es claro que esos vínculos no perduraron incluso después de la separación, tal como da cuenta la prueba recaudada; aspecto que sí se denotan respecto de la señora LUZ MARINA GRANADOS GARCÍA, esto es, el vínculo dinámico y actuante de

solidaridad, acompañamiento espiritual y económico hasta el deceso del afiliado. De ahí que deba revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda presentada por la señora DORIS CECILIA ALARCÓN y confirmándose respecto al derecho pensional de la señora LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS, a quien desde luego, le corresponde el 50% de la prestación por sobrevivencia que calculó la accionada y que no es objeto de debate, pues el otro 50% lo disfrutaban los beneficiarios hijos del causante los cuales perdurarán en los términos indicados por el a quo, momento en el cual será del 100% a favor de la aquí titular del derecho.

Establecido lo anterior, debe estudiarse la excepción de prescripción, frente a lo cual debe decirse que al tenor de lo establecido en los artículos 488 y 489 del CST en concordancia con el artículo 151 del CPTSS, la excepción de prescripción está llamada a prosperar parcialmente como quiera que se trata de una prestación periódica, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 1° de febrero 2011, como quiera que si bien el derecho pensional se causó el 1° de octubre de 2006, se solicitó ante el ISS la prestación el 03 de mayo del 2007, siendo resuelta mediante Resolución el 18 de septiembre del año 2009, luego, el 01 de febrero de 2014 se solicitó nuevamente la prestación, la cual fue negada mediante Resoluciones GNR 132795 del 23 de abril de 2014 y VPB 29742 del 06 de abril de 2015 y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 24 de junio de 2015 (fls. 141 y 151), siendo notificada efectivamente en los términos de que trata el artículo 94 del CGP, resulta claro que la excepción de prescripción se configura respecto de las mesadas periódicas causadas con anterioridad al 01 de febrero de 2011, empero como el juez a quo determinó que serían con anterioridad al 24 de junio de 2012, se mantendrá la misma, dado que la decisión se conoce en el grado de consulta en favor de los intereses de COLPENSIONES.

En ese sentido se modificará decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda presentada por la señora DORIS CECILIA ALARCÓN, precisando que el 50% de la prestación por sobrevivencia le corresponde a la señora LUZ MARINA GARCÍA GRANADOS, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.

  
RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.





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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ MYRIAM BAEZ DE CANTOR contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-017-2018-00699-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de septiembre del 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora LUZ MYRIAM BAEZ DE CANTÓN pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS representado por PORVENIR S.A, y como consecuencia de lo anterior, se declare que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, en igual medida se condene a PORVENIR S.A trasladar el valor total de los aportes realizados, junto con todos los rendimientos causados, el valor del bono pensional y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses a COLPENSIONES, y a esta computar los tiempos cotizados en el RAIS en su historia laboral completos y sin inconsistencias respetando los IBC reportados por la AFP PORVENIR S.A. Lo extra y ultra petita, más costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis, que nació el 19 de julio de 1962, que estuvo afiliada al RPMPD desde el 06 de febrero de 1986 al 30 de septiembre de 1999, informó que al momento de su traslado contaba con 450.14 semanas cotizadas y 37 años cumplidos. Explicó que PORVENIR S.A. la invitó a trasladarse de régimen pensional, lo cual materializó el 08 de febrero del año 2000, recordando que para el

momento de su traslado su IBC era de \$700.000 el cual era superior al salario mínimo legal vigente de la fecha, destacando que para motivar el traslado el asesor de PORVENIR S.A. le manifestó que el ISS desaparecería, que su pensión estaba en riesgo de perderse, además le aseguró que se pensionaría con menos edad y con mejor mesada pensional que en el fondo privado. Preciso que al momento de trasladarse no se le informó que el monto de su mesada pensional sería inferior en menos de un 40% a la que devengaría en caso de haber continuado en el RPMPD, tampoco le informaron que su regreso a COLPENSIONES sería limitado y eventualmente no podía regresar al mismo; aunado a ello, afirmó que PORVENIR S.A omitió informarle las diferencias entre los dos regímenes en cuanto a los requisitos de edad y tiempo de cotización, así como la diferencia en el monto de la mesada pensional, los efectos de los rendimientos financieros de las inversiones de las sociedades AFP y el valor de su mesada pensional, en igual medida omitió la posibilidad de la disminución del valor de la mesada pensional de acuerdo a la fluctuación del mercado, como tampoco le informó que su pensión se determinaría por un cálculo actuarial ni el significado del mismo. Así las cosas, estimó que PORVENIR S.A omitió el deber de información al no brindar los pro y contras del traslado de manera clara, suficiente, eficaz completa, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que tendría el traslado, sin que a la fecha le haya realizado ninguna asesoría respecto de la proyección de su mesada a futuro. De igual manera, indicó que a corte de septiembre de 2018 contaba con 1.422 semanas cotizadas y un capital total de \$190.341.557 no alcanzando el tope mínimo que exige el RAIS para obtener una pensión superior al salario mínimo y que bajo las condiciones establecidas en el RPMPD obtendría como mesada pensional la suma de \$2.27.200 aproximadamente. En razón de lo anterior, radicó solicitud de traslado de régimen pensional el 04 de octubre de 2018, la cual fue resuelta por COLPENSIONES de manera negativa (Fls. 03 a 15, 57, 64 a 66).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la administradora privada, por tanto no es posible proceder a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado efectuado, considerando, la accionante no probó error, fuerza o dolo en la afiliación y que la accionante se encuentra inmersa del prohibición señalada en el artículo 02 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual no es dable a COLPENSIONES la activación de la afiliación, ni realizar novedad alguna en el sistema de información de la entidad frente a la afiliación de la señora BAEZ. Propuso como excepciones de merito las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción»,

«imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica» (FIs.70 a 85).

La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a la declaratoria de nulidad de la afiliación, considerando que esta tiene plena validez toda vez que no se configuró vicio del consentimiento alguno, puesto que la demandante de forma autónoma y mediando consentimiento exento de vicios suscribió el formulario de afiliación, en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber significado el documento de forma libre y voluntaria y sin presiones por parte de ningún asesor, externó que el asesor de PORVENIR S.A le suministró a la accionante en debida forma al momento de la afiliación una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del RAIS y sus diferencias con el RPMPD, para que la potencial afiliada tomará una decisión informada, en consecuencia la decisión de la demandante fue completamente libre de coacción o engaño, por lo anterior se opone a trasladar el valor de los saldos o aportes pensionales de la demandante recibidos por PORVENIR S.A, así como de los rendimientos, pensionales y suma adicionales de la aseguradora al no existir fundamento jurídico alguno, añadió que para la época del traslado PORVENIR S.A. agotó todos los requisitos legales que para la época le era exigible, argumentando que a la demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad exigida para adquirir la pensión de vejez según lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (FIs.105 a 111).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de septiembre del 2020, declaró que el traslado efectuado por la demandante al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, como consecuencia de lo anterior, declaró que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD representada por COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación sin solución de continuidad. Ordenó a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la vinculación de la demandante como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus rendimientos e intereses y sin autorizar a PORVENIR S.A. a descontar los gastos de administración, debiendo trasladar la totalidad de los dineros, y ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de fondo y convalidar en la historia laboral de la actora.

Para arribar a la anterior conclusión, informó que la demandante no logró probar que era beneficiaria del régimen de transición, en razón a que para el 01 de abril de 1994 solo reunía tiempo de servicios equivalente a 8 años y 2 meses cotizados, por otra parte conforme al material probatorio no se logró demostrar que a la demandante para el momento del traslado al RAIS, además del formulario, se le haya dejado constancia de las condiciones y características especiales de ese régimen pensional, debiéndose haber informado a la accionante sobre las condiciones pensionales en el RAIS, por ejemplo para cuantificar la mesada pensional en ese régimen como sus condiciones y características propias, explicando las diferentes modalidades de pensión y las características y requisitos para acceder a un derecho pensional, adicional a ello la forma de cuantificar una mesada pensional y la necesidad de efectuar aportes voluntarios, así mismo las distintas modalidades de pensión y las condiciones o requerimientos para acceder a una pensión anticipada, condiciones que no se logró establecer le fueran brindadas a la demandante, sin haber efectuado un cuadro comparativo entre los dos regímenes pensionales, determinó que la gestión del asesor fue de índole comercial en aras de atraer a la futura afiliada. Por todo ello, estimó que, en caso de mediar una verdadera asesoría, seguramente la decisión de la demandante habría sido permanecer en el RPMPD, siendo la carga probatoria de la administradora de fondos de pensiones, por ser la que tiene el conocimiento pleno de las condiciones en las que se configura un derecho pensional. Concluyó que conforme a lo allegado al expediente PORVENIR S.A no logró probar de manera suficiente y amplia que cumplió con el deber de información dejando de cumplir con la carga probatoria que a ella le incumbe, explicó que bajo el denominado deber de información las entidades tienen la obligación de brindarla a sus afiliados, con la finalidad de ofrecer la mayor transparencia en las operaciones que realiza, que les permita a través de elementos de juicio objetivos escoger las mejores opciones del mercado, así las cosas PORVENIR S.A. no logró demostrar haber suministrado información, no encontrándose frente a un vicio del consentimiento que daría lugar a una nulidad del acto jurídico si no frente a una ineficacia, porque la desinformación constituye elemento de uso suficiente para invalidar el acto jurídico del traslado por faltar estos a su deber de informar de manera íntegra y adecuada a los usuarios del sistema con el fin de establecer su verdadera vocación del traslado.

### RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR. S.A., inconforme con la decisión, la apeló solicitando sea revocada, toda vez que consideró que la información brindada a la demandante fue clara, completa y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993, que la información requerida para el momento del traslado, fue brindada de manera verbal, razón por la cual argumentó que no existe además del formulario de afiliación un

documento donde se pueda verificar toda la información que se le brindó a la accionante, siendo el formulario de afiliación un requisito de ley, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Consideró que, por lo anterior, no hay lugar a condena. Aunado a ello, señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 que establece prever aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del sistema general de pensiones, junto con el principio de la estabilidad financiera, por tanto, no es dable declarar la ineficacia porque el plan de pensión de la demandante no resultó acorde a sus aspiraciones, adicionalmente encontró que en el dicho de la demandante existieron contradicciones toda vez que en el formulario de afiliación se encontró beneficiarios, y en su testimonio negó que se le brindó información al respecto, argumentó que no es dable que ese dicho sea superior a un formulario válido que se presume auténtico y que no fue tachado de falso, adicional a ello, detalló que la accionante estuvo 20 años vinculada al RAIS, pruebas que conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora, siempre fue pertenecer en el RAIS. Adicionalmente, indicó que la demandante al ser un consumidor financiero, la ley le impone la obligación de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones. Por otra parte, indicó frente a los gastos de administración, que no hay lugar a su devolución y que por no formar parte integral de la pensión se encuentran prescritos.

De igual manera, la apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación contra la sentencia, solicitando sea revocada, considerando para tal efecto, que según el interrogatorio de parte es claro concluir que la demandante si tuvo un acercamiento con un asesor, y que tuvo una influencia bastante marcada por parte de su empleador COLSANITAS y esa posible fuerza que influía a la demandante pudo haberse extendido hasta el año 2014, y en este sentido la decisión de trasladarse del régimen pensional se entiende que la demandante la pudo haber tomado en cualquier otro momento, en el cual no se encontrará inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin embargo, esperó hasta el año 2014, para solicitar el traslado, aun existiendo esa presión por parte del empleador. En igual medida, consideró existen inconsistencias en su dicho en el interrogatorio de parte al compararlo con el escrito de la demanda en la cual manifestó que le brindaron información acerca de la posibilidad de llegar a tener una pensión anticipada, o de obtener una mejor mesada, información que fue negada en el interrogatorio de parte, lo que permite concluir que la demandante no fue clara u omitió información en su dicho, y ello no es una prueba de que se haya omitido información; abonado a lo anterior, manifestó que el hecho de encontrarse inconforme con el monto de su pensión, no es causal suficiente para solicitar la ineficacia; concluyó que la accionante

no tenía las condiciones que le hicieran al asesor realizar un estudio particular de su situación pensional.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones en similares términos a los expuestos en la alzada. De igual modo, la parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando que se «CONFIRME en su totalidad el fallo [...], ratificando el traslado de mí mandante de la AFP PORVENIR S.A. con destino al RPM administrado por COLPENSIONES y ordenando a esta última el reconocimiento y pago de la prestación de vejez[,] así como la confirmación de los demás puntos resolutivos de la Sentencia dictada en primera instancia».

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 16 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 19 de julio de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 19 de julio de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 04 de octubre de 2018, (Fls. 48 a 51), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 343.43 semanas de cotización aproximadas, (fls. 45 a 47) equivalentes a un poco más de 6 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 18 de enero de 2000 (Fl. 19 y 112), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En ese escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que



permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 19 y 112), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. De igual modo, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria y se le hubiere dado asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, ni la restante prueba documental da cuenta de ello.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (18 de enero de 200 (fl. 19 y 112), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco puede llegar considerarse amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del

C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, debe decirse en torno a la solicitud pensional efectuada por la parte actora al momento de presentar sus alegatos en esta instancia, que la misma resulta a todas luces improcedente, pues ni siquiera hizo parte de las pretensiones de la demanda, tampoco fue objeto de fijación del litigio y en el remoto caso de haberse efectuado, tampoco fue tema de apelación. De modo que, proponerla y estudiarla en esta instancia, raya con la vulneración al derecho de defensa y debido proceso de las demandadas.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado SANDRA MAGDALENA BOHORQUEZ GODOY contra COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-026-2019-00232-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

La señora SANDRA MAGDALENA BOHORQUEZ GODOY pretende se decrete la nulidad del traslado inicial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD, que manejaba el ISS, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por COLFONDOS S.A.; se condene a la activación al RPMPD con COLPENSIONES; se condene a PROTECCION S.A., a la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; se condene a COLPENSIONES a tramitar el recaudo de los dineros que posee PROTECCIÓN por todo concepto como afiliada. Se condene a lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 24 de junio de 1961, afiliándose al ISS el 01 de julio de 1982 hasta el 01 de noviembre de 1990. Luego, estuvo afiliada a Cajanal desde el 07 de noviembre de 1990 hasta el 01 de febrero de 1996. Sostuvo que aparece afiliada a COLFONDOS desde el 01 de agosto de 1994 hasta agosto de 2007, donde su primera cotización fue en agosto de 1994 y se trasladó

a PROTECCIÓN desde el 25 de julio de 2007; sin embargo, sostuvo que el fondo privado no la asesoró ni le brindó información desde el primer momento del traslado del sistema pensional en el que se encontraba, cuáles eran los requisitos para pensionarse en ese sistema de acuerdo a su historia laboral y al cargo que estaba desempeñando. Igualmente, el ISS guardó silencio en cuanto al cambio de sistema ni a sus derechos pensionales y requisitos para adquirir la pensión en ambos regímenes. Por su parte, el fondo privado para el cual hizo el primer traslado no le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en uno y otro régimen, tampoco le informó acerca de que el valor pensional que recibiría dependería de la modalidad de retiro programado, así como que el monto pensional estaba sujeto a los rendimientos del capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el alto costo de la venta del bono pensional, ni acerca de los porcentajes mensuales de descuento que por la administración de sus recursos le efectuaría el fondo y que a su vez disminuyen mes a mes el monto ahorrado; tampoco le brindó información acerca de las ventajas de estar en el régimen de prima media con prestación definida. A la fecha ya ha cotizado las semanas que le permiten pensionarse en el Régimen de Prima Media donde se encontraba afiliada con el 80% del IBL; no obstante, para el primer traslado al régimen privado no le informó que para pensionarse antes de los 57 años era necesario hacer un retiro anticipado que además implica la venta del bono pensional, con un alto costo y que repercutía directamente en el valor pensional, tampoco se le informó que para el reconocimiento de esta pensión a los 57 años de edad estaba sujeta a alcanzar un monto base de aportes en su cuenta individual, que en el momento no le fue determinado y que ya asciende los \$200.000.000 para tener derecho a una pensión mínima, ni le informó que para pensionarse con un valor superior al salario mínimo, tendría que cotizar más años de los que cotizaría en el RPM y que pese a esto el fondo privado tampoco podría garantizar que su mesada fuera mayor que en el otro régimen. Por estas razones, el fondo privado en su afán por capturar de forma masiva afiliados y lograr beneficios en particular, faltó a su deber profesional de analizar la situación particular de la demandante, vulnerando sus expectativas legítimas para pensionarse bajo las condiciones más favorables, además asaltó su buena fe, al incidir en el cambio de Régimen Pensional donde se encontraba por la omisión de información relevante, afectando su futuro pensional ya que de haberla conocido no hubiera efectuado el traslado. Adicionalmente, de acuerdo con el Extracto de Protección del periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2018 y el 31 de diciembre de 2018 el saldo es de \$160.516.080,60 y no completa el capital mínimo requerido por el Fondo Privado para acceder a la prestación y solo registra 925.15 semanas, siendo una información incompleta e inexacta. Posteriormente, el 25 de octubre de 2018, radicó solicitud de

nulidad del traslado ante COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, las cuales fueron negadas por dichas administradoras (fls. 1 a 35 y 83 a 114).

### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP COLFONDOS, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a que esta entidad cumplió con las formalidades de la afiliación, al tiempo que la misma fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la señora SANDRA MAGDALENA BOHORQUEZ GODOY, permaneciendo afiliada a esta administradora por más de 20 años, por tanto, conoce cómo funciona el RAIS, adicionalmente, siempre se cumplió con el deber de información, jamás existió omisión en la misma, como tampoco indebida o equivocada asesoría; que la demandante contaba con capacidad para sopesar los argumentos de esta entidad como de los demás fondos privados, a fin de tomar la adecuada decisión; por tanto no es válido que después de varios años y al evidenciar que no logró cumplir con los requisitos u objetivos que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda la anulación de una vinculación legalmente válida. Respecto al deber de información que deben tener las aseguradoras, arguyó, resulta posterior a la afiliación de la demandante, por lo que no se les puede exigir obligatoriedad fuera de la vigencia de las disposiciones legales. De otro lado, si bien los dos regímenes de pensiones cubren los riesgos de vejez, invalidez y muerte, esto es bajo reglas legales y principios financieros legales diferentes; por lo que esta entidad tiene un procedimiento de capacitación para los asesores comerciales para que trasmitan la información sobre las características propias del RAIS, lo que resulta claro que se le brindó información de manera adecuada y completa, por ende, al suscribir el formulario de afiliación, la demandante dejó constancia que esta se hizo de forma libre, espontánea y sin presiones. Adicionalmente, la parte actora no hizo uso de su derecho de retracto y tiene además la carga de la prueba. Por último, en cuanto a la ineficacia del traslado, preciso, para la declaratoria de era menester que los vicios del consentimiento deban provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento, por lo que la ignorancia de la ley y la presunta falta de información por parte de las administradoras, no pueden ser consideradas como un engaño que amerite la declaración de dolo. Aunado a ello, señaló, la actora tampoco reúne los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, en razón a la edad, ni tampoco contaba con 15 años o más años de servicios al 1° de abril de 1994 o 750 semanas cotizadas. Por las razones anteriormente expuestas no es procedente su traslado automático o en cualquier tiempo al RPMPD. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones

obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.», «imposibilidad de imponer simultáneamente condena por indexación e intereses moratorios», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (FIs. 219 a 243).

De igual modo, la AFP PROTECCIÓN contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, salvo a la vigésimo sexta y vigésimo séptima, toda vez que todas las actuaciones de esta entidad han sido precedidas de buena fe y legalidad, es por esto, que todos los afiliados a esta administradora lo han hecho de manera libre y voluntaria, prueba de lo anterior, es el formulario mediante el cual la demandante constató su voluntad de acceder al RAIS. Resaltó que la asesoría suministrada fue completa y comprensible a la demandante y fue conforme a la normatividad vigente para la época, dentro de la información suministrada se encuentran aspectos como la oportunidad de acceder a una pensión anticipada, siempre y cuando cuenten con el capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un SMLMV al año de 1993; la figura de la Garantía de Pensión Mínima y los respectivos requisitos para acceder a la misma, entre otras ventajas. De igual forma, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, no puede entonces aducir un error de hecho ya que como se enunció, la demandante se afilió de forma libre, además de haberle presentado la información necesaria para la toma de decisión; tampoco hubo error de derecho, pues este no vicia el consentimiento y como es sabido el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. El traslado de régimen tampoco debe prosperar debido a que tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al RPMPD, pero no hizo uso de la facultad con que contaba para hacerlo, antes, por el contrario, ella misma se trasladó entre diferentes AFP´s dentro del RAIS, convalidando así su consentimiento. En ese sentido, la declaratoria de ineficacia y/o nulidad conlleva que se vuelvan las cosas a su estado anterior, lo que para el caso concreto no puede ser de recibo debido a que en el proceso se produjeron unos frutos y unas mejoras. Finalmente, con esta declaratoria se estaría reconociendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, vulnerando el derecho a la igualdad de las dos partes. En armonía con lo anterior, solicita que esta entidad no sea condenada a devolver el valor del Seguro Previsional, en razón a que este ha sido descontado mensualmente de la cuenta de ahorro individual, lo que le resulta imposible recobrarlo y devolverlo a COLPENSIONES, siendo la aseguradora un tercero que actuó de buena fe. Como excepciones de fondo, presentó las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones» e «Innominada o genérica» (FIs. 261 a 312).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones,

argumentando para tal efecto, que no procede la nulidad de afiliación al RAIS y se atiene a lo probado en el proceso, debido a la plena validez y legalidad de la misma ya que la demandante no probó ninguna causal de nulidad, como lo es algún vicio del consentimiento. Que para la fecha para la cual la demandante solicitó el cambio de régimen le faltaban menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuadra dentro de la restricción legal, no cumple pues con los requisitos que la hagan merecedora del cambio de régimen. Como excepciones de fondo, presentó las de «Prescripción y caducidad», «cobro de lo no debido», «inexistencia del derecho de la obligación», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 313 a 318).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 01 de julio de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la ineficacia del traslado se declara por una indebida o inadecuada asesoría, aduciendo que el acto jurídico del traslado por el cual se alega nulidad, adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, concluyó que lo que debe estudiarse en estos casos es si el acto es o no ineficaz y para esto se debe demostrar si la administradora puso o no en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, así como los beneficios, de tal manera que permita una decisión libre y voluntaria, lo que no puede darse con una simple expresión genérica. En ese sentido, señaló que COLFONDOS no suministró ningún elemento de juicio de que para el año de 1994 se le haya brindado una información clara, oportuna y completa respecto a cada uno de los regímenes pensionales. No obstante lo anterior, la demandante asegura que en el año 2007 se trasladó de fondo de pensión por el cambio de empleo y así la respectiva re-asesoría, en la cual se le informó que sus aportes financieros pasarían a sus herederos y teniendo en cuenta que no tenía beneficiarios que adquirieran pensión de sobreviviente, decidió seguir en el RAIS, omitiendo además el consejo de la administradora que para su caso le era más conveniente trasladarse al RPM. Por esto, considera el Despacho se subsanó cualquier error de los regímenes de ahorro individual y no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado por considerar que con la re-asesoría pensional se subsanó cualquier irregularidad presentada.

### RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte actora apeló la decisión, considerando que se desconoce la totalidad del acervo probatorio, señalando que según la Jurisprudencia



lo que se debe tener en cuenta es el traslado inicial, los posteriores no se tienen en cuenta, como lo es en este caso, que se tuvo en cuenta el último traslado y además una asesoría de la cual no se tiene certeza de su veracidad. Que a la demandante no se le brindó información y no se le brindó una asesoría adecuada para que tomara una decisión; además la demandante estaba afiliada en CAJANAL y no en el RPMD, en razón a ser trabajadora pública, estaba sometida a un régimen especial y de esta manera debía trasladarse al ISS y no se hizo; pero en el presente caso solo se hizo referencia a una re-asesoría sin analizar los parámetros establecidos por la Ley, ya que de haberse hecho, no hubiera aceptado la actora un valor inferior al ofrecido por el otro régimen. Por esta razón, justificar una re-asesoría sin analizar el valor de la liquidación no es adecuado para resolver una ineficacia, además porque la carga de la prueba es desde el inicio y no con posterioridad y tampoco se puede probar lo que está en el formulario con lo que se dijo en la re asesoría.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando que se revoque la decisión de primer grado y se declare la ineficacia del traslado. Colpensiones por su parte, solicitó que se confirme la decisión de primer grado.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala

de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 36 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 24 de junio de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 24 de junio de 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante las accionadas COLFONDOS S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES el 01 de noviembre de 2018 (fls. 56 a 61), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 310.14 semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales y a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL- (fls. 58 a 69 y 71 a 76), equivalentes a 5 años, 11 meses y 29 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de julio de 1994 (Fl. 48), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En ese escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia

debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 48), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (17 de julio de 1994, fl. 48), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 71, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliada a dicha Caja de Previsión Social, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta julio de 1994 (fl. 71), destacando, incluso, que con posterioridad, en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4 que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo hoy Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen pensional. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP´s, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados los cuales fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de no haberse orientado sobre las características propias del RAIS al momento del inicial traslado de régimen, que es lo que debe acreditarse al tenor de las citadas sentencias de tutela.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PROTECCIÓN S.A., por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculada la actora (fls. 271 a 276), trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de las accionadas COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia de primera instancia y en su lugar, se declara la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **SANDRA MAGDALENA BOHORQUEZ GODOY** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **AFP COLFONDOS S.A.**; y como consecuencia de ello, se ordena a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de las **AFP COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ESPECIAL DE ACOSO LABORAL adelantado por OSCAR LEONARDO HERRERA CORREA contra la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR. Rad. 11001 31 05 031 2019 00756 01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 13 de la Ley 1010 de 2006, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante, en contra de la decisión proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre del 2020.

ANTECEDENTES

El ciudadano OSCAR LEONARDO HERRERA CORREA, actuando por conducto de apoderada judicial, pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR; así mismo, peticiona se reconozca el acoso laboral del que fue víctima por parte del señor PEDRO VILCA GUERRA también trabajador de la caja de compensación familiar citada, que se reconozca que la entidad evidenció la negligencia y tolerancia frente al acoso pese a las denuncias y quejas presentadas. Como consecuencia de lo anterior, solicita se deje sin efectos el despido sin justa causa que se realizó el 28 de junio de 2019, se ordene al empleador realizar el reintegro en las condiciones laborales que venía disfrutando, bajo subordinación o dependencia diferente, garantizando un buen ambiente laboral; Que se condene a la demandada a pagar la suma de diez (10) salarios mínimos por concepto de sanción por acoso laboral, como el pago de salarios y demás acreencias laborales dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación hasta tanto se haga efectivo el reintegro, y se condene en costas a la demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que, suscribió contrato de trabajo con la caja de compensación familiar COMPENSAR el 3 de septiembre de 2018, como especialista de proyectos, indicó que el 21 de noviembre presentó ante la líder de recursos humanos ALEXANDRA CASTELLANOS GUTIERREZ, escrito en el cual manifestó una serie de situaciones que generaron incomodidad frente al clima



laboral, haciendo especial énfasis en el señor PEDRO VILCA quien ejercía el cargo de coordinador PMO siendo su jefe inmediato, afirmó que dicha inconformidad radicaba en las apreciaciones y afirmaciones del señor PEDRO VILCA frente a su comportamiento, descalificándolo como profesional, agregó que posteriormente con ocasión a un conflicto con su jefe presentó un comunicado dirigido al comité de convivencia de COMPENSAR radicado el 13 de marzo de 2019, en el cual manifestó su descontento con el trato discriminatorio que estaba recibiendo, razón por la cual se adelantó una reunión ante el comité de convivencia el día 15 de marzo de 2019, en la cual no se llegó a ningún arreglo conciliatorio, indicó que se le permitió validar el acta de la reunión y hacer los cambios que consideró convenientes previo a su firma, no obstante una vez emitió mediante correo electrónico los cambios que consideró, nunca recibió respuesta de estos siendo enviados el 22 de marzo de 2019, explicó que entre los puntos discutidos en la reunión, alegó el trato diferencial frente a sus compañeros en tanto se le exigía que cumpliera tareas inmediatas, acusó que durante la relación laboral el superior PEDRO VILCA lo atacó en su libertad de expresión y el libre desarrollo de su personalidad, en tanto el señor PEDRO y la señora SANDRA GARCÍA afirmaban que no se integraba en el equipo de trabajo, cruzando los brazos en reuniones, desconociendo que es una persona reservada, sin que tuviera estricta relación ni trascendencia en su desarrollo como profesional, comentó que el 27 de mayo de 2019 presentó una nueva comunicación ante la señora ALEXANDRA CASTELLANOS dado que el señor PEDRO VILCA se encontraba organizando una celebración para el día de la madre y para ello solicitó un aporte económico, y dada la situación y su incomodidad frente al ambiente laboral le resultó difícil negarse a participar por temor a ser nuevamente cuestionado por no integrarse, sostuvo que la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR implementó la modalidad de teletrabajo, para lo cual brindó a los colaboradores un auxilio de teletrabajo de carácter no salarial, del cual no se le informó, sin embargo, en sus desprendibles de nómina se le vio reflejado el pago de dicho auxilio, situación que le comunicó al área de talento humano el día 05 de junio de 2019, explicó que el día 28 de junio de 2019 recibió la comunicación de terminación de contrato de trabajo sin justa causa, y se le informó que se requería la entrega de su cargo al finalizar la jornada del mismo 28 de junio de 2019, refirió que, para la fecha de su desvinculación recibía por concepto de salario la suma de \$6.482.500; Que el 13 de septiembre de 2019 radicó ante el Ministerio del Trabajo solicitud de conciliación sin que a la fecha de la presentación de la demanda se obtuviera respuesta (fls.3 a 13 y 53 a 63).

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA

Los demandados PEDRO VILCA GUERRA y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR, contestaron la demanda con oposición a las pretensiones por considerar que de conformidad con las pruebas aportadas se evidencia que no existió conducta de acoso laboral respecto del demandante, y por ende no puede imputarse de manera alguna haber tolerado las mismas, enfatizó que desde el momento de conocimiento de la queja de acoso laboral presentada por el accionante, el comité de convivencia laboral atendió lo establecido en la Ley 1010 de 2006 y en la Resolución 652 de 2012, para con posterioridad proceder con el cierre del caso al no encontrar acreditada conducta alguna constitutiva de acoso, enfatizó que se dejó constancia de la negativa del actor para atender las recomendaciones emitidas por parte del comité de convivencia laboral. Propuso como excepciones de fondo «caducidad de la acción», «inexistencia de la obligación y ausencia de causa», «inexistencia de acoso laboral», «incumplimiento de la carga probatoria de acreditar

las conductas constitutivas de acoso laboral», «prescripción», «buena fe», «pago, «compensación» (fls.68 a 80, 100 a 115 y 185 a 187).

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2020, absolvió a los demandados de la totalidad de las pretensiones incoadas por el señor OSCAR LEONARDO HERRERA, toda vez que no se acreditó la ocurrencia de conducta alguna constitutiva de acoso laboral; así mismo, condenó al pago de costas y agencias en derecho al demandante en la suma de \$50.000.

Para arribar a la anterior conclusión señaló, en síntesis, que se debe determinar si existen conductas que constituyen acoso laboral en el presente caso por cuanto no cualquier actitud de los trabajadores puede llegar a configurarlo, al respecto se tiene que la Ley 1010 de 2006 lo definió en el artículo 2 como toda conducta persistente y demostrable ejercida sobre un empleado o trabajador por parte del superior jerárquico, compañero de trabajo o sub alterno, encaminada a causar miedo, intimidación, terror o inducir a la renuncia del trabajador.

Conforme a lo anterior, al revisar el plenario, y del dicho de los testigos es claro que la parte demandante no logró probar que efectivamente existió una de las conductas descritas en el artículo 7 de la Ley 1010 del año 2006, ni que las conductas de sus superiores se encajaron dentro de las descritas en la definición del artículo 2 de la misma ley, lo que se puede evidenciar es que el demandante tenía actitudes displicentes como cuando se retiraba de las reuniones cuando no estaba conforme o no estaba de acuerdo, así como actitudes impositivas, por lo que en el caso que nos ocupa no se acredita por parte de Pedro Vilca conducta alguna que constituya acoso laboral de las que aparecen descritas en la Ley 1010 de 2006.

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante inconforme con la decisión la apeló, considerando que se hace una indebida valoración probatoria de los testimonios y de la documental aportada, se actúa en contra del demandante al hacer una errónea interpretación debido a la personalidad del actor al tener una personalidad tímida, confundiéndola con una displicente, también consideró que resulta una acusación infundada que el accionante actuó en contra del señor Pedro Vilca de alguna manera y mucho menos por su condición de extranjero; así mismo refirió que, lo que buscaba el demandante con las actas de las reuniones era dejar registro frente a la situación que le aquejaba; de igual forma, afirmó que el teletrabajo es un beneficio y se constituye en un trato discriminatorio por cuanto todos los compañeros de igual nivel se encontraban con esta modalidad de trabajo excepto el señor Oscar Herrera.

Por otro lado, manifestó que se atacaron, dentro de la relación laboral, cuestiones propias de su personalidad lo cual no tiene argumento alguno conforme a la relación laboral que tenían las partes; y frente a los testigos, afirmó que existe una indebida valoración de los mismos por cuanto fueron repetidos, inconsistentes, y se evidenció una preparación de estos, lo que generan sospecha dentro de la audiencia.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si la decisión del A quo se ajusta a Derecho, o contrario sensu hay lugar a declarar que el accionante fue objeto de acoso laboral por parte del señor Pedro Vilca Guerra, y de ser procedente estudiar la procedencia de las demás pretensiones elevadas en la demanda.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes dado que el mismo fue aceptado por la demandada caja de compensación familiar Compensar y declarado por el A quo, el cual no fue objeto del recurso de alzada.

Ahora bien, a fin de resolver los reparos elevados por la parte demandante, la Sala de Decisión debe indicar que el artículo 2 de la Ley 1010 de 2006 define y establece las modalidades de acoso laboral, el artículo 7 las conductas que constituyen acoso laboral, y el artículo 8 las conductas que no lo constituyen, aspectos indispensables para determinar si el actor fue objeto del presunto acoso alegado en los hechos de la demanda, el que en primer lugar debe ser alegado por la parte actora y probado a través de los diferentes medios probatorios como lo consagra el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, por ende la Corporación procederá a verificar la documental aportada y los testimonios a fin de determinar si estos son suficientes para determinar si el actor fue objeto de acoso laboral por parte de su jefe inmediato Pedro Vilca Guerra, y si la caja de compensación fue negligente o permisiva frente a dicha situación.

Esclarecido lo anterior, se evidencia que las partes no presentaron objeción, reparo o desconocimiento respecto de la prueba documental obrante a folios 25 a 44, de igual manera ocurrió con los testimonios recaudados por cuanto estos no fueron tachados en la oportunidad procesal pertinente, por ende dichos medios de prueba tendrán pleno valor probatorio en el presente asunto, conforme lo establecen los artículos 51 del CPT y de la SS y 165 del CGP.

Conforme a lo anterior, la Sala de Decisión encuentra que a folios 14 a 24 se aporta copia del contrato de trabajo, de la política conflicto de intereses, el acuerdo de confidencialidad entre el ex trabajador y su ex empleador, otro si del contrato inicial; de igual manera, la parte demandada aporta con la contestación de la demanda copia de la descripción del cargo Coordinador PMQ 4D1751 (fls.93 a 96), copia de una certificación laboral del actor de fecha 30 de enero de 2020 (fl.99), copia del contrato de trabajo a término indefinido (fls.137 a 140), comunicación de terminación del contrato de trabajo (fl.40), liquidación final del contrato de trabajo (fl.142 y 143), certificado de pago de la liquidación (fl.144), acta de elección del comité de convivencia laboral del 23 de marzo de 2017 (fls.145 a 149), copia del otro si (sistema de remuneración flexible integral) (fls.173 y 174), Descriptivo de cargo especialista de proyecto 4j1011 (fls.175 a 178), Descriptivo de cargo gerente proyectos y mejoras 3A1541 (fls.179 a 182), y certificación laboral de la señora Sandra Piedad García Portela (fl.183), los cuales no permiten, per se, evidenciar la ocurrencia de alguna

conducta o acto de acoso laboral en contra del demandante, dado que los mismos acreditan la existencia de la terminación del contrato de trabajo, la descripción de cargos, y la remuneración, aspectos que no son de análisis en esta instancia judicial.

Por otro lado, respecto de la documental aportada a folios 25 y 26 denominado "incomodidad clima laboral" fechado el 21 de noviembre de 2018, en donde el actor afirma la existencia de presuntos actos que afectan el ambiente laboral, y la calendada el 13 de marzo de 2019 titulada "Situación acoso laboral" en donde asevera que ha sido objeto de actos que afectan su buen nombre (fl.27), considera la Corporación que estos por si mismos no son suficientes para demostrar la ocurrencia de los eventuales actos de acoso laboral dado que no existen elementos de prueba que permita acreditar o demostrar o soportar los hechos allí consignados, lo que a su turno le resta fuerza demostrativa a los mismos y las manifestaciones allí efectuadas (artículo 167 del CGP).

Aunado a lo anterior, se debe precisar que si bien se aportan las actas de reuniones del comité de convivencia (fls.28 a 41, 150 a 172), éstas no permiten evidenciar que el señor Pedro Vilca Guerra incurriera en alguna de las conductas constitutivas de acoso laboral denunciadas por el actor, ello en atención a que dichos documentos solo relatan una serie de situaciones en las que las partes han tenido desavenencias de carácter laboral sin que puedan catalogarse como actos de acoso laboral al no encuadrarse en las conductas consagradas en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, máxime que las afirmaciones y acusaciones puestas en conocimiento del comité de convivencia no se encuentran soportadas con algún medio de prueba que los ratifique. De igual forma, respecto de la misiva del 27 de mayo de 2019 y denominada "situación reglamento interno de trabajo" (fls.42 a 44), se observa que la misma solo establece la ocurrencia de una actividad de integración en la cual se demuestra que el demandado solicitó una cuota, sin que se determinara su monto, acto que no es constitutivo de acoso laboral, conforme al citado artículo 7 ibídem.

En cuanto a las documentales obrantes a folios 45 a 49, la Corporación evidencia que las mismas versan sobre temas como la devolución de un pago erróneo en la nómina del actor, la terminación del contrato de trabajo, una certificación laboral, la liquidación final del contrato de trabajo y una solicitud de conciliación ante el Ministerio del trabajo, de los cuales no es dable establecer la ocurrencia de alguna de las conductas constitutivas de acoso laboral consagradas en la Ley 1010 de 2006.

Así las cosas, es claro para la Corporación que del material documental aportado al proceso no se logra establecer que el demandado Pedro Vilca Guerra ejerciera sobre el demandante Oscar Leonardo Herrera alguna de las conductas de acoso laboral consagradas en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, ello en atención a que algunos elementos de prueba versan sobre la existencia y terminación del vínculo laboral, y sobre su remuneración, y los relacionados con quejas del presunto acoso, estos solo permiten evidenciar que el actor en efecto elevó inconformismos ante su empleador sobre algunas situaciones que presentaba en su labor y que allí refiere como acoso, empero, las mismas no encuentran asidero o respaldo probatorio alguno que permitiera acreditar su ocurrencia (artículo 167 del CGP).

A pesar de lo anterior, la Sala de Decisión considera que si bien con la documental aportada por las partes no se acreditó la ocurrencia de alguna conducta constitutiva

de acoso laboral, ello no es óbice para desestimar las pretensiones del actor, dado que al interior del juicio se llevaron a cabo los interrogatorios de parte de LADY YESENIA PINSON RIVERA, PEDRO VILCA y OSCAR HERRERA, se recepcionaron los testimonios de SANDRA PIEDAD GARCÍA, ALEXANDRA CASTELLANOS GUTIERREZ, FREDY MAYORGA PELAEZ, PILAR STELLA GUZMAN y ANDRES FELIPE SANCHEZ CORREA, los cuales serán analizados a continuación y a luz de la sana crítica probatoria en los términos del artículo 61 del CPT y SS, a efecto de determinar si en la vigencia del contrato de trabajo que ató a las partes se presentó alguna conducta constitutiva de acoso laboral en contra del actor, versiones que a su vez se estudiarán en conjunto con los documentos aportados en el juicio, en los siguientes términos:

Conforme lo anterior, la Corporación observa que el interrogatorio de parte de la representante legal de la Caja de Compensación Familiar Compensar, efectuado por LADY YESENIA PINSON RIVERA, no se avizora la confesión de una conducta constitutiva de acoso laboral, dado que en su versión manifestó que el comité de convivencia que tuvo conocimiento del caso del accionante, se organizó como siempre se hace, cada año dependiendo de la rotación del personal; explicó que Compensar dio una respuesta del cierre del caso formulado por el actor e informó que el accionante participó en diferentes reuniones donde se le dio una respuesta clara frente a su petición; Por otro lado, aclaró que dentro de la entidad de Compensar no es permitido realizar ningún tipo de colectas, sin embargo en algunos momentos los trabajadores deciden celebrar algún evento como lo fue el día de la madre, y frente a la solicitud del demandante en este tema, explicó que efectivamente se le dio respuesta a su solicitud, manifestándole que no estaba obligado a aportar cuota alguna. En cuanto a la inconformidad por la modalidad de teletrabajo refirió que no es un beneficio, es un acuerdo con el trabajador que no constituye un favorecimiento, que se realiza luego de un estudio de las características del trabajador para realizar su trabajo por este medio, manifestó que desde talento humano, postulan posibles colaboradores que podrían ser teletrabajadores, y es talento humano quien decide dependiendo del desempeño de quien labora en esta modalidad, agregó que el jefe inmediato no tiene ninguna incidencia en esta decisión.

A su turno, el demandado PEDRO VILCA, afirmó en su interrogatorio de parte que es coordinador en Compensar, que desde la perspectiva de la parte técnica, el demandante desempeñó sus funciones conforme como se le solicitaba; por otra parte en lo conductual, pese a solicitudes que se hacían de temas establecidos en la entidad para todos los compañeros de su mismo nivel, el accionante se mostraba renuente, indicó que este a partir del mes de noviembre empezó a estar en desacuerdo con los procedimientos establecidos en Compensar y tenía una actitud poco positiva frente a la organización, tuvo algunos comportamientos exabruptos, como tonos airados, explicó que los compañeros tenían teletrabajo, pero este al ser un piloto en su área se implementó con los trabajadores antiguos, en igual medida recordó que para realizar teletrabajo deben realizarse algunos estudios al trabajador, manifestó que tuvo dos reuniones con ocasión a las quejas presentadas por el demandante y tuvo conocimiento del cierre del caso en el comité de convivencia que determinó que no existió conciliación, haciendo referencia a la no disponibilidad del señor actor, explicó que no tuvo conocimiento o injerencia en la decisión de terminar el contrato al señor Herrera.

En cuanto a la declaración de la señora SANDRA PIEDAD GARCÍA, afirmó que es gerente de proyectos y mejoras del área de tecnología de Compensar y anteriormente era gerente de frente de proyectos de la caja de compensación, informó que está vinculada a la pasiva desde marzo de 2010, que conoce al demandante al estar vinculado en su área desde septiembre de 2018 hasta junio de 2019, explicó que su trato con el señor HERRERA no era directo, sino a través de su jefe directo el señor PEDRO VILCA, refirió que la relación entre ellos dos no se estaba dando en las mejores condiciones, porque así se lo informó el señor PEDRO, expresó que este le comunicó que dichos problemas se relacionaban con el no seguimiento del demandante respecto de los lineamientos e instrucciones, que estaban generando algunas dificultades en el sitio de trabajo como su comportamiento displicente y el abandono de las reuniones, así mismo, cuando se hacían comentarios frente a posibles mejoras en su trabajo respondía de forma no adecuada, teniendo acciones de falta de respeto frente a sus compañeros, sin embargo, aclara que no estuvo presente y que lo sabe porque así se lo manifestó PEDRO. Lo que sí pudo evidenciar de manera presencial fue cuando tuvieron la reunión los tres, el señor Herrera se levantó molesto de la reunión, manifestando que no seguiría conversando, al considerarlo insostenible y que iba a dirigirse a talento humano, detalló que indagó con algunas personas parte del equipo de PEDRO, para conocer si alguien más estaba viviendo estas situaciones de acoso, sin embargo, las respuestas fueron que si bien había exigencia por su parte en ningún momento existió maltrato por parte del señor PEDRO, comentó que las solicitudes del señor HERRERA para llegar a una conciliación, eran muy difíciles y no se iba a llegar a un acuerdo, recordó que el demandante pedía que todas las ordenes que le hiciera PEDRO se las hiciera por escrito, dentro de los tiempos laborales, también solicitaba que PEDRO se retractara de las acciones que supuestamente había hecho con él, así mismo que se abstuvieran de dar recomendaciones de su desempeño en el área, en el evento de conseguir otro trabajo bien fuese en COMPENSAR o fuera de este, indicó que no había escuchado al señor HERRERA por aparte, porque prefirió reunirse con los dos, explicó que no tuvo otra queja de los compañeros del comportamiento del demandante, apuntó que el equipo de trabajo, en general en cuanto a su desempeño, se encontraba estable.

En cuanto al interrogatorio de parte del actor OSCAR HERRERA, él informó que las reuniones se hacían para hacer las indicaciones correspondientes, pero también se daban apreciaciones sobre su profesionalismo, explicó que siempre cumplió con sus objetivos, nunca tuvo cuestionamientos laborales y que consideró que una serie de actitudes lo atacaban personalmente desacreditándolo profesionalmente, acusándolo de desobedecer la cadena de mando y de no integrarse, sintiéndose atacado en su personalidad; afirmó que solicitó que las órdenes del señor PEDRO se las hiciera mediante correo electrónico, en razón a que el 8 de marzo le encomendaron una tarea, sin mencionarle para que hora necesitaban dicha labor, y él tenía una reunión programada, así que consideró que necesitaba dejar evidencia de la situación que estaba ocurriendo, que esta fue una propuesta que planteó en la reunión que hicieron pero no fue acogida, no siendo esta una solicitud, sino solo una propuesta; refirió que este proceso inició por la subjetividad del señor PEDRO particularmente en temas no laborales, no llegando a un acuerdo al no existir una contrapropuesta frente a ninguno de sus planteamientos, precisó que en la reunión con PEDRO y SANDRA fue interrumpido en diversas ocasiones, y percibió que solo se estaba teniendo en cuenta la perspectiva de PEDRO además indicó que se estaban

tratando temas que no eran laborales sino personales como ser tímido, sintiendo en ese momento que no tenía garantías, además debía firma unos compromisos para hacerle seguimiento, así que expresó que no podía continuar hablando porque no sentía que contaba con las garantías, agregó que el nunca amenazó con poner una queja, añadió que en la primera reunión se manifestó de manera libre, sin embargo, cuando recibió el acta consideró faltaban elementos.

En cuanto a versión de la señora ALEXANDRA CASTELLANOS GUTIERREZ, ella afirmó que es la gerente de talento humano de Compensar, que conoce al señor Herrera porque laboró en la entidad, que él la buscó en la oficina contándole que se sentía insatisfecho con el clima laboral en su área y lo citó al día siguiente para tratar la situación, al conversar con él, este le manifestó que tenía diferencias con su jefe y ella le recomendó tratar directamente con este antes de ella intervenir, hasta que meses después recibió una copia de una queja de acoso laboral la cual llegó al comité de convivencia el cual se hizo cargo de esta; informó que no recibió queja de una persona distinta al señor HERRERA del comportamiento del señor PEDRO, indicó que el desempeño del señor HERRERA no era lo más óptimo para el área en la cual se desempeñaba, sin embargo no conoce en detalle la situación. Por otro lado, explicó el procedimiento para realizar el teletrabajo, iniciando con la validación para que el jefe inmediato apruebe esta práctica, así mismo, se valora si el trabajador cuenta con las condiciones para ser o no tele trabajador, porque implica inversiones por parte de Compensar, así que no se hace inmediatamente a una persona que se vincula, para garantizar que la persona es apta para realizar su trabajo por este medio, informó que el señor Herrera no estuvo ni un año vinculado en el trabajo, razón por la cual no se le brindó esta opción, explicó que el contrato del señor HERRERA fue cancelado sin justa causa indemnizándolo, y recordó que el mismo señor HERRERA afirmó que quería irse de Compensar, explicó que ofreció una terminación del contrato de mutuo acuerdo.

A su vez el testigo FREDY MAYORGA PELAEZ, refirió que es coordinador de canales de atención en Compensar hace 6 años, explicó que el demandante es un ex colaborador, que su trato con él fue porque él llevó la queja de acoso laboral interpuesta, que el procedimiento es realizar una entrevista con quien coloca la queja, con la otra persona y un tercera reunión con las partes para llegar a una conciliación atendiendo las peticiones de las partes, indicó que percibió una predisposición del señor Herrera que cuestionaba el escribir determinadas palabras en el acta manifestando que se retiraba de la reunión si no se colocaba lo que él indicara en las mismas, razón por la cual se decidió enviar las actas para que las ajustara de acuerdo a su apreciación, que esto no es un procedimiento normal pero se hizo solo para llevarlo a feliz término.

De otro lado, la testigo PILAR STELLA GUZMAN, manifestó que es especialista en proyectos en Compensar desde el año 2018, estando vinculada a la pasiva hace 22 años, que conoce al señor Herrera porque él trabajaba en la misma entidad, explicó que la relación entre el señor HERRERA y PEDRO era una relación normal, hasta una reunión en la que se estaba preparando un comité ejecutivo y el actor se iba a ir de ella, momento desde el cual el demandante se distanció del grupo, informó que el trato del señor PEDRO es un trato basado en el respeto, la comunicación y el apoyo, agregó que ese trato era igual para todos sin evidenciar diferencias para el señor HERRERA o algún tipo de trato displicente, expresó que el demandante era una

persona retraída que casi no participaba en las actividades, sin integrarse al equipo, y que llevaba 20 años trabajando en Compensar cuando aplicó al teletrabajo.

Por último, ANDRES FELIPE SANCHEZ CORREA, afirmó que es profesional en proyectos de Compensar desde noviembre de 2018, explicó que el señor PEDRO trata a sus trabajadores fomentando el trabajo en equipo, proyectando bien al equipo en el cumplimiento de los objetivos de la organización, observó que siempre existió un trato igualitario con todos los colaboradores, refirió que en una reunión en la que no estuvo presente, el demandante se exaltó, dice conocer esto porque recibió ese informe de lo sucedido por parte de Pedro y todo el equipo de abogados de COMPENSAR, añadió que el demandante era un poco distante frente las actividades de integración del equipo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la Corporación que en el presente asunto no se acredita por la parte actora la comisión de alguna de las conductas constitutivas de acoso laboral por parte del demandado Pedro Vilca Guerra (artículos 2 y 7 de la Ley 1010 de 2006), ello en atención a que las declaraciones vertidas dan a conocer la existencia de diferencias propias de la dinámica laboral, las cuales a criterio de este juez colegiado no llegan a afectar el ámbito laboral causando por ello malestar en el ambiente de trabajo en equipo, y es claro que no tenían la entidad de causar hacia el señor Oscar Leonardo Herrera Correa algún tipo de agresión, maltrato, vejamen, trato desconsiderado, ofensivo o ultraje por parte de su jefe directo (artículo 167 del CGP), conclusión similar a la que se arribó con la prueba documental aportada por los sujetos procesales.

Aunado a lo anterior, y frente al reparo presentado respecto de los testimonios recaudados, la Sala de Decisión una vez revisados estos conforme al análisis de contexto realizado, concluye entonces que a las declaraciones anteriores se les asigna plena credibilidad, pues corresponden a testigos directos de los hechos afirmados, además de complementarse con la documental allegada, motivo por el que resulta creíble lo afirmado, máxime que los mismos no fueron tachados de falsos en la oportunidad procesal pertinente, por lo que los mismos tienen pleno valor probatorio y a ellos se les da el alcance demostrativo ya expuesto (artículos 211 CGP).

Ahora bien, respecto de la eventual discriminación ante la modalidad de teletrabajo que no le fue asignada al actor, la Corporación considera que este presunto acto no se encuentra probado al proceso dado que no se allegó al juicio prueba alguna que permita inferir que otro trabajador de la demandada que ocupara el mismo cargo del actor, con las mismas funciones, igual salario y la misma antigüedad le fuese otorgado este eventual beneficio o prerrogativa, máxime que de los testimonios solo el de la señora PILAR STELLA GUZMAN permite inferir que ella trabaja bajo esta forma de organización laboral, empero, no es equiparable al caso del actor por cuanto ella detentaba el cargo de especialista en proyectos en Compensar desde el año 2018, y laboraba con la demandada hace más de 22 años.

En tal sentido, atendiendo las razones expuestas en esta decisión, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.



## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá,

## RESUELVE

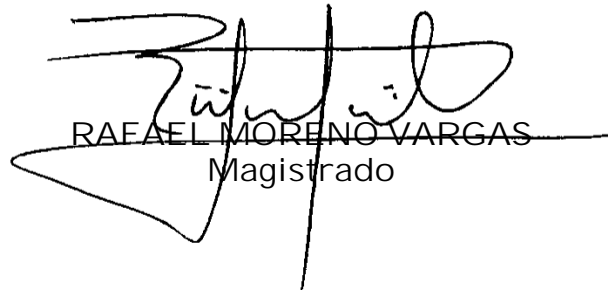
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Surtido el trámite en esta instancia, en oportunidad devuélvase el expediente al juzgado de origen.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por HENRY SILVA MONCADA contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-004-2019-00341-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de agosto del 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor HENRY SILVA MONCADA pretende se declare la nulidad de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- en la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia. Se ordene el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES. Se condene a la AFP PORVENIR a enviar a COLPENSIONES el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, así mismo, se ordene rembolsar de forma integral, los cobros y gastos de administración descontados de sus aportes; a COLPENSIONES aceptar su vinculación como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración. Adicionalmente, se condene a la AFP PORVENIR a pagarle la suma de 50 SMLMV, como consecuencia de su conducta atentatoria contra sus derechos pensionales. Por último, se condene a las entidades demandadas pagar lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho, en caso de oponerse a las pretensiones incoadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que laboró para diferentes empleadores privados, efectuando sus aportes pensionales al ISS hoy COLPENSIONES desde 1980. En el año de 2005 asesores de la AFP COLFONDOS lo sacaron del sistema para el cual venía cotizando. Posteriormente, PORVENIR S.A. hizo lo mismo, pero esta vez a esta AFP privada. Por esto, sostiene que su vinculación está viciada en un error insubsanable de conocimiento, es nula y no puede considerarse que esté afiliado al RAIS. Señaló, que estos asesores o vendedores no tenían amplio conocimiento en temas de seguridad social, no le informaron respecto a las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, por el contrario, hicieron alusión solo a los beneficios y a promesas respecto al régimen privado, entre ellos, su posibilidad de pensionarse en un tiempo menor sin inferir el monto de la mesada pensional comparado a lo que recibiría en el ISS; lo indujeron para que de manera equivocada se afiliara al Régimen de Ahorro Individual; tampoco se hizo alusión de las consecuencias que conllevaba el traslado de régimen. Por ende, su traslado al RAIS se hizo de forma fraudulenta ya que se le indujo con expectativas irreales respecto de su derecho pensional. De igual manera, arguyó, esa vinculación nunca se hizo de manera escrita como lo señala la Ley, lo que llevaba a demostrar la mala fe del asesor, pues además tenía conocimiento de los más de 10 años que llevaba cotizando para el ISS; que no le informó a su empleador la decisión de trasladarse de régimen, ni tampoco le comunicó de manera escrita a la AFP PORVENIR sobre su elección de manera libre, espontánea y sin presiones. COLPENSIONES por su parte, nunca realizó alguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP, tendiente a que se hablaba de la terminación del ISS, conducta omisiva que demuestra se le indujo a error. Por ello, sostiene se le han generado inconveniencias en su derecho pensional y conexos. Resaltó el deber de garantizar la legalidad de la AFP PORVENIR, de las actuaciones de sus asesores y empleados ya que no suministraron información completa, comprensible, real, clara, cierta, precisa, veraz, objetiva, oportuna y detallada al afiliado, respecto de las ventajas y desventajas que acarrea el traslado de régimen de un administrador a otro, lo que conlleva a una omisión en su deber de información. Asimismo, sostuvo que la AFP PORVENIR cometió con él, viciando su consentimiento, por cuanto no le brindaron una asesoría real y verídica. Finalmente, informó haber elevado derecho de petición ante PORVENIR para que allegara los formularios de afiliación, sin embargo, no ha sido contestada. Igualmente, radicó ante COLPENSIONES, solicitud de afiliación al Régimen de Prima Media, no obstante, su solicitud fue rechazada (FIs. 1 a 24).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP COLFONDOS, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentó que el deber de asesoría de las administradoras de pensiones, ocurrió con posterioridad a la afiliación del señor HENRY SILVA

MONCADA, por ende, no se les puede exigir que demuestren circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad. Además esta entidad cuenta con capacitación a sus asesores con el fin que transmitan la información sobre las características propias del RAIS a los posibles afiliados. Así mismo, son los trabajadores quienes de forma libre y voluntaria deciden afiliarse a este fondo de pensiones, lo cual para el caso en concreto está demostrado con la suscripción del formulario en tres oportunidades, formulario que se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto; adicionalmente el demandante no hizo uso de su derecho de retracto. En cuanto a los vicios del consentimiento aludidos en la demanda, el demandante no especificó en qué consistió la acción fraudulenta de la administradora, además el accionante no es beneficiario del régimen de transición, en razón a su edad y la suscripción al RAIS; tampoco se vulneró alguna expectativa, en tanto y en cuanto, el actor fue quien decidió afiliarse a este régimen. Propuso como excepciones de fondo, las de «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.» y «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» (Fis. 70 a 85).

A su turno, la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello señaló que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS toda vez que suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., asimismo es un derecho de los afiliados la elección de los fondos pensionales a los cuales se deseen vincular, cuentan además con la posibilidad, aunque limitada, de ejercer su derecho de retracto. Por estas razones COLPENSIONES negó la solicitud del señor HENRY SILVA MONCADA, en razón a su edad, ya que no era beneficiario del Régimen de Transición y se encontraba en la prohibición legal del traslado. Por otro lado, expresó que si bien los afiliados al sistema general de pensiones tienen derechos, también recaen en ellos ciertas obligaciones como lo es el deber de información, lo cual, en el presente caso fue omitido por el actor. Por último, al no ser COLPENSIONES quien generó el daño en el demandante, no tiene la obligación de repararlo, que para el caso en desarrollo fue la AFP, la que efectuó el primer traslado. Propuso como excepciones de fondo las de «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)», «inexistencia de la obligación de afiliación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe»,

«prescripción», «presunción de legalidad de los actos jurídicos» e «innominada o genérica». (Fls. 95 a 114).

Finalmente PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas, manifestando que el demandante debió acreditar que en el acto jurídico hubo causa u objeto ilícito, ya que resultaba forzoso que se acreditara una incapacidad absoluta de éste, al momento de hacer el traslado, por cuanto cualquier irregularidad eventual sería una nulidad relativa, la cual es susceptible de ratificación, evento que ocurrió en el presente caso con el cumplimiento de los términos de solicitud de nuevo cambio de régimen. Además, el primer traslado ocurrió hacia la AFP COLFONDOS, por lo que con esta administradora sólo acreditó su cambio de administradoras y no de régimen pensional, suscribiendo mediante el formulario su declaración escrita. Por otro lado, sostuvo que no era posible declarar la ineficacia ya que no se probó la inexistencia de uno de los elementos esenciales del acto jurídico, además esta figura no se puede acreditar solo porque hubo una falsa noción de las implicaciones para cambiarse de régimen ante la información errada que le brindó la demandada o porque ignoró las consecuencias del traslado por la ausencia de las explicaciones pertinentes, porque al ser esto un error de derecho, no vicia el consentimiento. En cuanto a la información suministrada al demandante, manifestó, esta se dio de manera completa y veraz y en cumplimiento de todos sus deberes de información y de la autonomía de la voluntad privada con que cuenta el actor. Propuso como excepciones de mérito, las de «Prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «genérica» (Fls.137 a 176).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de agosto del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciera el demandante al RAIS en su caso ante COLFONDOS S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES, del mismo modo, condenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, en igual medida condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del accionante; se abstuvo de imponer costas en esa instancia.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró la juzgadora que conforme a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia teniendo en cuenta la relevancia del traslado de régimen en la vida pensional de los afiliados, los fondos privados tienen la responsabilidad profesional extendida en todas las etapas del proceso de afiliación, hasta el disfrute de la pensión. En cuanto a la carga de la prueba, señaló, le corresponde al fondo privado de la primera afiliación hasta acreditar que efectivamente se cumplió con el deber de información, como las condiciones, el acceso

las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, así como las consecuencias que acarrea el traslado a cada uno de los regímenes; sin embargo, sostuvo que para el presente caso, se demostró que si bien el demandante firmó el formulario de afiliación, este sólo contiene datos del demandante y de su identificación pero nada referente a su situación de afiliación, además que la firma de estos formularios no acredita un consentimiento informado, por lo que no es una prueba de la información, tampoco se probó mediante confesión del demandante, por ello, no encontró debidamente probado por parte de la AFP COLFONDOS su deber de información. Por tales razones, sostuvo que debía declararse la INEFICACIA de la afiliación, pero no la nulidad en razón a que no se encontró ningún vicio del consentimiento, pero sí, falta de información. Agregó que no era pertinente estudiar lo relacionado a la situación del retracto, toda vez que como se pide la nulidad o ineficacia de la afiliación, no es menester indagar si con posterioridad el afiliado hizo o no uso de su derecho; tampoco lo atinente al régimen de transición. porque no se pidió en la demanda y por innecesario en los casos de traslado de régimen pensional. En cuanto a la excepción de prescripción, mencionó, no se halla probada en razón a que las ineficacias y/o traslado de regímenes pensionales no están sujetas a esta figura jurídica dado que ellos se encuentran estrechamente vinculados con los derechos pensionales de los afiliados.

#### RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de PORVENIR apeló la decisión solicitando se revoque en su totalidad la sentencia, argumentando en cuanto a las consideraciones del Despacho, que siguió la línea Jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se pueden tener estos como una doctrina probable cuando los supuestos fácticos siguen siendo diferentes a lo que ha referido la Corte hasta el momento en materia de Casación, en el sentido que si bien los demandantes siguen siendo beneficiarios del Régimen de Transición, así sea por edad y que si bien puede estudiarse la viabilidad de una nulidad o ineficacia del traslado, así no cuente con una expectativa legítima, no puede entonces concluirse que se haga un traslado casi que automático de la carga de la prueba porque son situaciones diferentes, que incluso, en la Sala de Casación se han hecho aclaraciones de voto donde se concluye que cada caso debe analizarse en particular y debe verse la exigibilidad que tenía en su momento la administradora de pensiones frente al deber de información y para el presente caso, PORVENIR que ni siquiera realizó el traslado de régimen, viéndose condenada a hacer la devolución de aportes y a los gastos de administración, cuando en primera medida no es procedente el traslado del demandante. Además el demandante ratificó su deseo libre de continuar en el RAIS, por lo que no se encuentra probado el perjuicio señalado de continuar en este régimen. Por otro lado, el hecho que dentro de la autonomía del régimen y sus posibles diferencias con otras

administradoras, sea la razón que lleve a la declaratoria de ineficacia del traslado, considerando una falta de información que no se encontró probada, debido a que en el momento de vinculación lo único que exigía la Ley era el formulario de afiliación. Respecto a la condena de los gastos de administración, no se encuentra ningún fundamento para la misma puesto que estos gastos estuvieron cubiertos contra las contingencias de invalidez y muerte para el afiliado y en razón al hecho que estos siniestros no se hayan generado, no puede entonces considerarse que se haga una restitución de las primas de seguro.

Por su parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES apeló en su totalidad la decisión, teniendo en cuenta que la afiliación no es un acto unilateral, sino que por el contrario genera obligaciones para ambas partes contratantes. Igualmente, sostuvo que, conforme a la Jurisprudencia de la Corte hay una afiliación tácita cuando se guarda silencio frente a la deficiencia en temas de afiliación. Así mismo, si bien el deber de información está en cabeza de las administradoras, esto no exime que el demandante deba preocuparse por indagar sobre su expectativa pensional, pero en su caso dejó al azar este derecho. De igual modo, conforme a la Ley colombiana, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa y, el error sobre un punto de derecho no vicia su consentimiento. Por último, sostuvo que, en razón a la estabilidad financiera del sistema, se estableció la prohibición legal del afiliado para trasladarse faltándole 10 años o menos para acceder al derecho a la pensión.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando que se les absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad.

59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 35 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 21 de junio de 1959, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el 21 de junio de 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 14 de febrero de 2019 (FIs. 33 y 34), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 461.29 semanas de cotización de aproximadas (fls. 115 a 119) equivalentes a un poco más de 2 años y medio, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".



realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 03 de septiembre de 1997 (Fl. 87), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

La doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que

claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a el demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fl. 87), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. esto no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 03 de septiembre 1997 (Fl. 87), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al

Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante sea beneficiaria del régimen de transición o contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

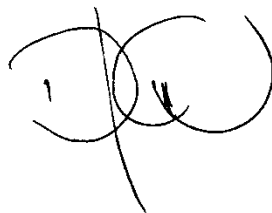
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GLORIA BECERRA LUQUE contra COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-018-2019-00139-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida el 1º de junio de 2020 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA BECERRA LUQUE pretende se declare es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor JORGE ENRIQUE RUBIANO BECERRA; como consecuencia de lo anterior, se condene a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar su pensión de sobrevivientes en forma vitalicia a partir del 22 de mayo de 2016, intereses moratorios, indexación de las mesadas, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que el señor JORGE ENRIQUE RUBIANO BECERRA era uno de sus cuatro hijos, al momento de fallecer contaba con 39 años de edad, no contrajo matrimonio ni vivió en unión marital de hecho, no procreó hijos, tampoco tuvo hijos adoptivos, ni de crianza; que vivió bajo su mismo techo durante toda su vida hasta el 22 de mayo de 2016, cuando falleció por causas de origen no profesional al padecer cáncer de hígado, estando afiliado a COLFONDOS, donde cotizó para los riesgos de IVM desde enero de 2007 hasta el 22 de mayo de 2016 un total de 250,29 semanas y un total de 50 semanas durante los últimos 3 años, dejando acreditado el derecho a la pensión de sobrevivencia, siendo ella su única beneficiaria, razón por la cual, el 30 de junio de 2016 solicitó a

COLFONDOS la prestación en tal calidad, aportando la renuncia del señor JORGE RUBIANO AFANADOR padre del causante quien no dependía económicamente del causante. Sin embargo, mediante oficio del 12 de julio de 2016 se le comunicó que su solicitud estaba en trámite y los días 1º de septiembre de 2016 y 13 de junio de 2017 se le informó que no se le reconocería la pensión por no cumplir con los requisitos, así mismo mencionó que el 3 de noviembre de 2016 se autorizó el retiro de las cesantías del señor JORGE ENRIQUE RUBIANO BECERRA a su favor por parte del empleador. Aunado a lo anterior, explicó que cancelaba junto con su hijo los gastos básicos del hogar, entre ellos arriendo, servicios públicos, telefonía móvil, plan complementario de salud, préstamos bancarios, tarjetas de crédito, transporte y mercado, lo anterior por una suma de \$3.843.558 gastos que ayudaba a cubrir su hijo con el valor de \$1.141.000 hasta el momento de su deceso. De igual modo informó que en la actualidad cuenta con 62 años de edad, que se encuentra pensionada por vejez desde el 6 de julio de 2016 con una mesada pensional de 1 SMMLV, que sus gastos ascienden a la suma de \$4.591.558 razón por la cual inició a laborar nuevamente para continuar con su estilo de vida y suplir sus gastos básicos. Finalmente externó que el 21 de mayo de 2018 solicitó a COLFONDOS copia del expediente administrativo, junto con los fundamentos para negar su prestación y pudo verificar que de la investigación por parte de CONSULTORES E INVESTIGACIONES DE SINIESTROS, se evidencia que la misma fue realizada después de tres meses del deceso del causante, que no se incluyeron gastos asumidos y pagos que ascendían a \$2.441.000 por concepto de salidas, vestimenta, paseos, así como otras inconsistencias relacionadas con la ayuda económica percibida de otra de sus hijas, concluyendo que en la investigación no se probó que no dependiera económicamente de su hijo, por el contrario se evidenciaba efectivamente que este no sólo convivía con ella sino que además asumía el pago de arriendo y servicios como gastos comunes, en cuanto a la ayuda económica de la hija la misma nunca fue demostrada; aclarando que aunque devengaba un salario alto en comparación del de su hijo el mismo ello no era óbice para determinar que no necesitaba y requería de su ayuda económica para llevar una vida digna y sin limitaciones (fls. 80 a 97).

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada COLFONDOS S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, para ello manifestó que se logró determinar que la demandante no tenía dependencia económica con su hijo fallecido, en los términos del artículo 46 y literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dado que la misma contaba con ingresos propios al momento del fallecimiento del causante, así mismo

indicó que sí bien el señor JORGE ENRIQUE RUBIANO le ofreció dinero a su madre, lo hizo ante una colaboración como buen hijo, más no frente a un aporte subordinante o indispensable para su subsistencia. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «falta de causa», «buena fe», «innominada o genérica», «enriquecimiento sin causa», «imposibilidad de imponer simultáneamente condena por indexación e intereses moratorios», «pago y compensación» (fls. 119 a 132).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 1º de junio de 2020, reconoció a la demandante el derecho a percibir pensión de sobrevivientes, en calidad de madre del fallecido JORGE ENRIQUE RUBIANO BECERRA; condenó a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar a favor de la actora la totalidad de las mesadas pensionales de sobrevivientes ordinarias y adicionales causadas y no pagadas, a partir del día 23 de mayo de 2016 en adelante, junto con sus respectivos ajustes de ley, sin que la mesada pensional pueda ser inferior a 1 SMMLV, declaró no probada la excepción de pago y compensación, absolvió a la demandada de las demás pretensiones y la condenó en costas, señalando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, manifestó que el demandante dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, como quiera que el causante reunió más de 50 semanas de cotización durante los 3 años anteriores a su fallecimiento, en los términos de la Ley 797 de 2003, normativa aplicable al caso por haber fallecido el 22 de mayo del 2016. Respecto a la dependencia económica de la demandante, encontró acreditado que el señor JORGE ENRIQUE RUBIANO al momento de su deceso estaba soltero, no tuvo hijos, cónyuge o compañera permanente, que la demandante es madre del causante, que a la actora se le reconoció una pensión de vejez a partir del 6 de julio de 2016 equivalente a 1 SMMLV; que existe un contrato de arrendamiento de vivienda urbana y extractos crediticios con diferentes entidades; y que de la prueba testimonial rendida se desprendía que el causante siempre vivió con la demandante, que él cancelaba el arriendo y los servicios de la casa, que si bien la actora trabaja y era pensionada, sus ingresos no eran suficientes para cubrir la totalidad de sus gastos, como quiera que sus obligaciones, más exactamente sus deudas, eran superiores a lo que devenga. Por lo tanto, concluyó que la demandante dependía económicamente en vida de su hijo, sin acreditarse bienes a su nombre y que sus ingresos no eran suficientes para

generar una independencia económica frente a su hijo, al no ser suficiente para suplir sus necesidades básicas.

## RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de COLFONDOS S.A. presentó recurso de apelación contra la decisión emitida, argumentando para ello, que se logró desvirtuar que la demandante dependía económicamente del causante, tras considerar que se encontraba frente a la colaboración de un hijo de familia, más no que dicho aporte fuera indispensable para la vida continua de la actora, resaltó que la mera presencia de un auxilio que le cursaba el causante a la actora no era indicativo de la dependencia económica, para ello explicó que la actora desde el 1º de octubre de 2010 hasta el 31 de julio de 2015, devengaba un salario de \$3.997.800, al final de la relación contractual recibió una suma de \$19.888.867 sin dejar de mantener su estatus y se encuentra actualmente pensionada y asalariada. Finalmente subrayó que se debe de estudiar la subordinación material, indicando que el nivel de vida de la demandante en ningún momento fue afectado o desmejorado.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los señalados en la interposición de su recurso, solicitando se revoque el fallo de primera instancia y se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Por su parte, la demandante presentó sus alegaciones en similares condiciones de las consignadas en su libelo introductorio, solicitando se confirme en su integridad el fallo de primera instancia tras considerar que está acreditado que a la demandante le asiste el derecho a la pensión de sobrevivencia.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si la demandante GLORIA BECERRA LUQUE acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de madre y dependiente económica de su hijo fallecido.

## CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el señor JORGE ENRIQUE RUBIANO falleció el



22 mayo de 2016, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folio 6 del plenario. Tampoco se discute que aquel dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Es decir, que la controversia se habrá de zanjar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece en su literal d) que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Para ello es necesario indicar que la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006, declaró inexecutable la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en «forma absoluta y total» como se concibió inicialmente en la norma antes citada, por tanto determinó que la dependencia económica se entiende como la falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes suministrarse para sí misma su propia subsistencia, por lo que ésta supone un criterio de necesidad, que resulta indispensable para asegurar la subsistencia de quien, como en el caso de los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir de dicha ayuda. Por ello la dependencia económica no siempre es total o absoluta, pues no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional, siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, valga decir, haga desaparecer la relación de subordinación frente al hijo fallecido<sup>1</sup>.

Así pues, a voces del estudio de constitucionalidad hecho en la precitada sentencia, es imperioso reconocer la pensión de sobrevivientes a aquellos padres que a pesar de percibir ingresos adicionales o cualquier otro tipo de prestación económica del que sean titulares, estos no le garantizan una autosuficiencia económica en condiciones dignas; en consecuencia, estima la citada Corporación, que no se debe demostrar por parte de los beneficiarios progenitores del causante, «una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica».

---

<sup>1</sup> Sentencia C-111 de 2006.

De igual forma, agrega la Corte Constitucional, es menester considerar que dada la avanzada edad los padres, ello les imposibilita abrirse campo en el mercado laboral, y procurarse un empleo que les pueda proveer un mínimo existencial, o a pesar de generarse ingresos adicionales estos son tan ínfimos, que se encuentran subordinados a la protección económica que en parte le puedan brindar sus hijos. Es por esta razón, que el precedente constitucional exige que los otros recursos adicionales que pudieran tener los padres no les alcance para su subsistencia, la cual, según la Corte, debe satisfacerse en «términos reales y no con asignaciones o recursos meramente formales».

De esta forma, la subordinación o dependencia al auxilio que se recibe del hijo fallecido, debe determinarse atendiendo a las particularidades de la situación personal del beneficiario, y lo único que debe escudriñar el Juez, es que los posibles ingresos adicionales no los haga autosuficientes económicamente, valga decir, que desaparezca el vínculo de sujeción a la ayuda pecuniaria del hijo. En este orden de ideas, en el plurimencionado pronunciamiento la Corte adoctrinó los criterios que se debían tener en cuenta para determinar si hay independencia económica por parte de los padres, al momento del fallecimiento del causante, los que se sintetizan así:

- 1) Que los recursos económicos diferentes al auxilio que reciben del hijo fallecido, no sean suficientes para que se cubran los gastos de subsistencia mínima y tener una vida digna;
- 2) El devengar un salario mínimo no determina la independencia económica.
- 3) «No constituye independencia económica recibir otra prestación<sup>2</sup>. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993<sup>3</sup>».
- 4) No se desvirtúa la dependencia económica por el simple hecho que el beneficiario perciba una suma dineraria mensual o ingreso adicional.
- 5) Los ingresos adicionales deben ser permanentes y suficientes.
- 6) El hecho de tener propiedad sobre un inmueble, tampoco rompe la subordinación económica.

De igual manera, el Alto Tribunal de esta especialidad en sentencia SL4103 del 2 de marzo de 2016, ha enfatizado que la dependencia económica debe tener las siguientes características: (i) la ayuda que suministraba el causante debía ser «significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración

---

<sup>2</sup> Sentencia T-281 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>3</sup> Dispone la norma en cita: «Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez»

de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida»; (ii) tiene que ser «relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos»; (iii) y si los padres devengan otros ingresos, se hace imperioso establecer «si no eran suficientes, y si en efecto se estaba en presencia de una subordinación respecto del hijo».

Descendiendo al caso sub examine, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se trajeron los testimonios de DIANA MARCELA RUBIANO BECERRA, TERESA ROJAS HUERFANO y LUIS ARMANDO FORERO CHAVEZ. La primera de ellos, hija de la demandante y hermana del causante, declaró no tener conocimiento si su hermano tenía pareja, que no tuvo hijos, que al momento de fallecer se encontraba laborando en el BANCO W, la sección de créditos, devengando alrededor \$1.500.000, que vivía con su mamá en el apartamento, arrendado, que la arrendataria es su mamá por valor de \$450.000 más gastos de administración, donde él finado aportaba el arriendo, administración y algunos servicios, su mamá se encargaba de lo demás gastos; que tiene dos hermanos más, de 35 y 39 años; que su madre laboró hasta mitad del año 2015, le liquidaron el contrato en el 2015 y volvió a trabajar en julio de 2016; ella sufragaba los gastos del hogar con su hermano; que ella (la testigo), antes del fallecimiento se encontraba laborando, pero no realizaba aportes al hogar, al igual que sus hermanos quienes tienen su hogar, que su mamá tiene deudas como de \$5.000.000 mensuales, además es pensionada después de mitad de año de 2016 y que, con un seguro exequial que le pagaba su mamá a su hermano, sufragaron los gastos de exequias.

TERESA ROJAS HUERFANO, quien dijo ser amiga de la demandante señaló que esta tuvo 4 hijos, y el causante era el único hijo que vivía con ella, quien la apoyaba económicamente, lo cual sabe por ser amiga de la actora desde hace 20 años, la visitaba cada vez que ella necesitaba de una amiga, que toda la vida han sostenido la amistad; mencionó que el causante falleció de cáncer en el hígado en mayo de 2016, se encontraba laborando en el Banco W, que él no tuvo hijos, ni pareja ni nada, que ella supiera; que él sufragaba el pago del arriendo y servicios y la señora que les hacía el aseo; que los hijos no le aportaban, sólo Jorge Enrique, quien vivía con ella. Señaló que la actora trabajaba para Anderson S.A.S. y el causante se hizo cargo de todo en la casa, que cuando él falleció doña Gloria se puso de nuevo a laborar; que la actora está desproporcionada en deudas en promedio de \$5.000.000, que ella no tiene vivienda propia, pues desde que la conoce paga arriendo; agregó que la demandante fue pensionada, hace como 2 o 3 años en PORVENIR S.A.

LUIS ARMANDO FORERO CHAVEZ, dijo ser amigo y vecino de barrio de la actora y el causante, refirió que la demandante tuvo 4 hijos, Jorge Enrique, Javier, Gloria y Diana Marcela; que el actor falleció de cáncer, que él era soltero y vivía con su mamá, no tuvo hijos, que laboraba en seguros Colpatria, en algo de pólizas. Que, en mayo de 2016, el ya venía enfermo de varios meses atrás, de cáncer, no recuerda en que parte del cuerpo. Que desde los 12 años de edad se conocen, que llama a la actora 1 o 2 veces al mes, a los cumpleaños; que la actora labora en Anderson S.A.S, y en este momento hay incertidumbre porque no se sabe si continúe con la empresa laborando en lo que viene desempeñando, que recibe un 1 SMMLV y le sobran las deudas, las cuales deben de estar entre 4.800.000 a 5 millones pasados; y que quien subrogaba los gastos cuando ella estaba desempleada era Jorge, el pagaba el arriendo, los servicios, los otros hijos no le aportan; que sabe lo del valor de la deuda porque ella se lo ha referido, deudas por tarjeta de créditos, libranzas.

Por otro lado, la actora rindió interrogatorio de parte, en el cual manifestó ser Coordinadora de Talento Humano en Anderson de Colombia S.A.S., donde laboró desde el año 2010 al año 2015, devengaba un salario de \$3.800.000; que en julio de 2016 volvió a laborar en esa empresa con un salario de 2.800.000, donde sigue laborando; que el causante, su hijo, vivía con ella, siendo soltero; que tiene 3 hijos más, que viven en Arauca y Gachalá. Que el actor se encontraba laborando en el BANCO W donde llevaba 3 años; que él era el encargado de pagar el arriendo, la administración, los servicios, internet, televisión, ella se encargaba del mercado y que vivía muy endeudada, con eso suplía las otras deudas. Admitió que se encuentra pensionada con un SMMLV desde julio de 2016. Que en este momento cuando puede le aporta su hija Diana Marcela, quien antes no le aportaba fijo. Que está divorciada desde el año 2016 pero llevaban 24 años separados, su ex esposo vive en Bucaramanga con su familia. Que cuando se vino a vivir con el causante, él tenía 20 años, que empezó buscando trabajo como asesor comercial, hizo un curso en el SENA y no cursó ninguna carrera profesional. Que laboró como 3 años en el Banco, siempre vivió con ella y murió por cáncer; que la vivienda es arrendada; que tenía 37 años cuando fue diagnosticado y murió de 39 años, vivía enfermo del estómago, le descubrieron el tumor muy tarde, que él no tuvo pareja, ni convivió con nadie, no tuvo hijos, no tuvo bienes, vivían sólo los dos, su hija venía el fin de semana al estudio y se regresaba de nuevo. Que Colfondos le negó la pensión porque decía que su hijo no cubría el 100% de las necesidades del hogar, percibe una pensión y salario; agregó que el padre de su hijo presentó una carta donde renunciaba a ese derecho y que el salario del obitado era aproximado a \$1.600.000.

Así mismo se agregaron las declaraciones extra proceso que rindieron igualmente los mencionados testigos, en similares términos indicando que la actora dependía económicamente del causante (fls. 66 a 78); de igual manera la investigación y/o informe adelantado por la firma CONSULTORES E INVESTIGADORES DE SINIESTROS, en torno a la dependencia económica de la actora respecto a su finado hijo, donde se concluyó que no existió la misma; de allí se puede extraer que la actora vivía en arriendo junto con su hijo, señalando que los gastos aproximados del hogar que cubría el obitado ascendían, entre arriendo, servicios públicos y privados, transporte y préstamos a un total de \$1.141.000, y los restantes gastos del hogar por \$2.441.00 los cubría ella, junto con su hija DIANA MARCELA que, se indica, aportaba la suma de \$800.000 de los ingresos que percibía como empleada. De igual manera se señaló que la demandante hasta el año 2015 percibía como sueldo promedio la suma de \$3.997.800 y que recibió liquidación de prestaciones sociales, y que retiró las cesantías; adicionalmente la actora vive sola en el mismo apartamento y que de jueves a domingo la acompaña su hija Diana. Respecto a las entrevistas realizadas, la hermana del causante DIANA MARCELA RUBIANO expresó que en efecto cada 8 días viene a estudiar viernes y sábado, pues vive en Gachalá (C) y que cuando vivía en Bogotá con su madre, de mayo de 2014 a junio de 2015 colaboraba con algunos servicios y la comida y actualmente colabora con parte del canon de arrendamiento (\$400.000) y con la alimentación y que su fallecido hermano aportaba con el arriendo, servicios de alimentación o lo que se necesitara; la señora LEONOR BECERRA LUQUE, tía del causante, hermana de la actora, quien vive en la misma unidad residencial, expresó en la entrevista que el causante en efecto, era soltero, vivía con su madre, no tuvo hijos y que aportaba lo que más podía para alimentación y gastos, que se repartía con la madre. Finalmente, el señor DANIEL FELIPE SÁNCHEZ MUOZ, compañero de trabajo del causante, señaló conocer que el causante no tenía hijos, siempre vivió con la mamá, de ello tuvo conocimiento cuando lo fue a visitar, que él le comentaba que le ayudaba a la mamá, quien es ama de casa y no tiene pareja, que no sabe con exactitud con cuánto le colabora el causante a su madre, pero que era para servicios y gastos generales. De este modo, con la información allí recabada se despachó desfavorablemente la prestación a la demandante (fls. 49 a 65).

Por otro lado, se agregaron certificaciones laborales expedidas por la empresa ANDAMIOS ANDERSON DE COLOMBIAS S.A.S., una del 01 de junio de 2015, donde se indica que la demandante labora para la misma desde el 13 de febrero de 2020 con una asignación mensual de \$3.997.800; y otra del 25 de julio de 2018, donde se señala que labora desde el 26 de julio de 2016 con un salario mensual de

\$2.833.000 (fls. 23 y 24). Del mismo modo, informe de la AFP PORVENIR S.A. donde señala que reconoció pensión bajo la modalidad de Retiro Programado desde el 06 de julio de 2016, con una mesada pensional por valor de \$781.242 para el año 2018, esto es, el SMLMV (fl. 26). De folios 30 a 35 obra contrato de arrendamiento para inmueble de vivienda urbana, celebrado el 27 de agosto de 2015, donde fungen como arrendataria la hoy demandante y cuyo canon asciende a \$816.000 más cuota de administración por \$166.000. También se adosaron copias de extras de tarjetas de crédito y estados de cuenta por préstamo de vehículos que dan cuenta de las deudas que tiene la actora desde antes del fallecimiento de su hijo (fls. 36 a 44).

Bajo este panorama probatorio, considera la Sala que la conclusión a la que se llega a través de la libre formación del convencimiento con arreglo a la aplicación de las reglas de la sana crítica probatoria, resulta suficiente para confirmar la decisión de primera instancia, dado que a los testimonios recaudados se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneos, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el modo en que el causante ayudaba económicamente a su madre, de modo que son idóneas, y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que era en los hombros del causante que descansaba gran parte del peso económico del hogar, donde pagaba la mitad del arriendo, servicios públicos y alimentación.

De conformidad con lo anterior, se considera que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte del causante, tal como quedó explicado, advirtiéndose que si bien no se indicó con precisión a cuanto ascendía concretamente lo que proveía el accionante al subsistencia de su progenitora, huelga aclarar, que para acreditar la subordinación económica, no se requiere acreditar sacramentalmente a cuanto ascendía la ayuda económica, pues para lo que importa en este asunto, contrario a lo que se sostiene en la apelación, resulta claro que el causante proveía económicamente al hogar que conformaba junto a su señora madre contribuyendo a solventar el arriendo, la alimentación, servicios públicos y gastos propios del hogar donde convivía con la actora, es decir, no se trataba de una mera ayuda o aporte, sino que tal obligación descansaba en gran parte en el causante y aunque se señaló que una de sus hijas, esporádicamente también le ayudaba, ésta no se precisó si tenía la vocación de hacer a la demandante independiente económica, de modo pues que el aporte que brindaba el causante era de gran magnitud en el contexto de las obligaciones que tenía la demandante al momento de la muerte del causante, por lo que desde esta perspectiva es dable concluir, que la protección económica brindada por el hijo al momento de

ocurrir el deceso era determinante para la demandante en aras de poder financiar su vivienda, alimentación y sus gastos personales, además de la satisfacción de deudas y créditos por solucionar, es decir, con la contribución económica que hacía el hijo fallecido se reunía lo necesario para la congrua subsistencia de la demandante, por cuanto si bien ella hasta el año 2015 laboraba y percibía un sueldo superior al del causante, a la fecha de su fallecimiento (2016) no se encontraba laborando y tampoco percibiendo la pensión que ahora devenga. En este aparte es menester aclararle y recordarle a la recurrente por esta Colegiatura, que el hecho de estar percibiéndose sueldo o pensión, no desvirtúa la dependencia económica en los términos anteriormente concluidos, como quiera que ella no debe ser de forma absoluta y que esta se mide y pondera al momento del fallecimiento del causante.

Lo anterior, teniendo en cuenta que aunque el causante percibía un salario inferior, al que nominalmente devengaba la actora en una etapa previa a su fallecimiento, para ese momento, sin la suma aportada, es claro que la actora no podría solventar todos y cada uno de los gastos que le permitieran continuar con el mismo estilo de vida que traía antes de morir su hijo; y reitera la Sala que los aportes adicionales que eventualmente recibe la demandante de su otra hija no la hacen autosuficiente económicamente, pues según las probanzas reseñadas tal ayuda era esporádica, razón por la cual pese a que no se demostró en juicio cifras puntuales de la ayuda que recibía la promotora de litigio, si quedó claro que la ayuda efectuada por su fallecido hijo, desmejoró su condición socio económica.

En ese contexto, si el aporte del hijo no era una mera ayuda formal, sino que era relevante pues con ella se cofinanciaba no solo la vivienda y alimentación de la madre sino todo lo de sus gastos y necesidades personales, es claro, que el aporte económico del causante no estaba destinado sólo a suplir sus propios gastos; circunstancias estas que permiten concluir que existía una subordinación económica entre madre e hijo, se reitera, era el causante quien además de convivir bajo el mismo techo con su madre, le prodigó amparo económico a su progenitora.

Bajo este panorama probatorio, considera la Sala que la conclusión expuesta en precedencia a la que se llega a través de la libre formación del convencimiento con arreglo a la aplicación de las reglas de la sana crítica probatoria, especialmente en lo que a los testimonios recaudados se refiere como ya se indicó, no deja duda sobre el particular, pues se insiste en el pleno valor probatorio que se les asignó con independencia que uno de ellos sea la hermana del causante, pues de lo que éstos dijeron hubo espontaneidad y no se observó parcialidad alguna en favor de la madre del finado; lo cual resulta suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

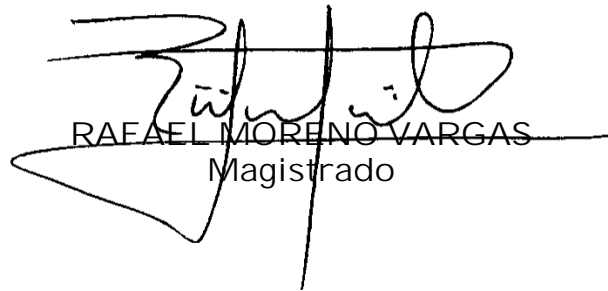
### RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.





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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GLORIA STELLA VARGAS OSORIO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-035-2019-00392-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de septiembre del 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora GLORIA STELLA VARGAS OSORIO pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 24 de octubre de 2001 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Se condene en costas y agencias de derecho, más los extra y ultra petita.

Como fundamento en sus pretensiones, informó en síntesis, que nació el 26 de enero de 1963 y cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2020, que se trasladó del RPMPD a PORVENIR S.A. el 24 de octubre de 2001, explicó que el asesor comercial no le brindó

información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes; que no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen. Señaló que es la AFP PORVENIR S.A quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo. Explicó que PORVENIR S.A. le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado cotizando 12 meses al año, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional, arrojando como resultado la suma de cero (\$0). Adujo que la simulación pensional en el RPMPD teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 67,11% la proyección de la mesada pensional que obtendría mensualmente equivale a la suma de \$1.937.925. Finalmente informó que radicó derecho de petición ante COLPENSIONES el día 03 de abril de 2019 solicitando la nulidad de traslado efectuado a PORVENIR S. agotando la reclamación administrativa, de la cual COLPENSIONES no se ha pronunciado hasta la fecha (Fls. 02 a 08).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que carecen de sustento factico y legal, manifestando que la demandante no tiene derecho a la nulidad solicitada, pues la afiliación fue efectuada por ella misma a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, agregando, no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora, como tampoco reúne los requisitos para un posible traslado. Propuso como excepciones las de «Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para pedir», «Inexistencia del derecho reclamado», «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls.47 a 58).

La AFP PORVENIR S.A. por su parte, contestó la demanda con oposición a las pretensiones por considerar que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, enfatizando que así lo demuestra la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993, documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 de CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, precisó que las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones en ambos regímenes se encuentran definidas y

establecidas en su totalidad por la ley, sin que le este dado a las partes pactar condición diferente, precisó que la accionante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 02 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la demandante manifestó al suscribir el formulario de traslado a Porvenir S.A. que era consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado; no era beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y que siempre le garantizó el derecho de retracto, precisando, pasaron más de 20 años desde la afiliación de la parte demandante a Porvenir S.A., durante los cuales pagó aportes y no manifestó inconformidad alguna con la decisión que adoptó; pero solo después de haber sido informado de la improcedencia de su solicitud de traslado, radicada en febrero de 2019, alega una supuesta nulidad de la decisión que adoptó en 1997. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la oblación» y «excepción genérica» (Fls. 86 a 98 y 110 a 111).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de septiembre del 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS con la AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, le ordenó trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales, interese, frutos, junto con sus rendimientos. Condenó a PORVENIR S.A. a pagar con su propio peculio la disminución en el capital de la financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración. Condenó a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la accionante al RPMPD y recibir todos los aportes que esta efectuó al RAIS. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que con fundamentó en la línea jurisprudencial establecida por la Sala de Casación Laboral, le correspondía a PORVENIR S.A., en virtud de la carga de la prueba, demostrar que cumplió con el deber de brindar la información a la actora, así como con el deber de hacer un estudio integral, dándole a conocer las alternativas, ventajas y desventajas, añadió que la información comprende todas las etapas del proceso desde la antesala, existiendo el deber de buen consejo, que se debe de dar una ilustración de las diferentes circunstancias, beneficios o inconvenientes, llegando incluso a desanimar al futuro pensionado de cambiar de régimen cuando dicha situación lo perjudique. En este sentido, sostuvo que en el caso de autos PORVENIR S.A. no acreditó brindar una información suficiente a la demandante al momento de su traslado, toda vez que ninguna prueba permitió concluir que hubiese contado con una ilustración en los términos descritos por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en este punto subrayó que la actora declaró que dicha omisión al momento de su traslado la llevó a que su mesada fuera inferior a la que COLPENSIONES le hubiese reconocido,

puntualizando que al compararse los valores que reflejan los cálculos pensionales en los diferentes regímenes existía una diferencia considerable, donde se acreditó un perjuicio a la actora por su traslado, concluyendo que se debía declarar la ineficacia y la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS en PORVENIR S.A., cuyos efectos radicaban en que las AFP deberán asumir los gastos de administración mientras estuvo afiliada la demandante, los cuales deberán ser trasladados en su totalidad a COLPENSIONES, igualmente señaló que a las demandadas les correspondía asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas por los gastos de administración, aclaró que el argumento según el cual el detrimento es igual para los fondos privados como para COLPENSIONES no era de recibo, como quiera que el objeto de los fondos es administrar el dinero para obtener una rentabilidad.

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PORVENIR. S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia solicitando sea revocada, toda vez que no comparte la declaración de ineficacia, ni las consecuencias jurídicas que esta produce, lo anterior al considerar que tanto la jurisprudencia como la parte motiva de la sentencia denotan el desconocimiento de las figuras de ineficacia y nulidad, toda vez que se habla indistintamente de estas, enfatizando que estas instituciones jurídicas tienen un desarrollo normativo y jurisprudencial diferente, lo cual se evidencia en la sentencia C-345 de 2017 donde se establecen las diferencias de la ineficacia en sentido amplio e ineficacia en sentido estricto, sostuvo que si bien con la Ley 100 de 1993 surgió el deber de información, en ninguna parte de la ley se establece que la inobservancia de este deber trae como consecuencia la ineficacia de pleno derecho, destacando que también se desconoce el acto jurídico, pues asegura que es un contrato de aseguramiento que tiene unos requisitos como el pacto de una prima. Concluyó que tampoco le asiste razón a la sentencia frente a los gastos de administración, pues desconoce las restituciones mutuas, añadió que no es cierto que exista una disminución de capital, toda vez que en el RPMPD también permite se le hagan estos descuentos, por tanto, no es cierto que exista una disminución.

Por su parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación contra la sentencia, solicitando sea revocada en su totalidad, toda vez que consideró la seguridad social es un derecho autónomo y las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 regulan íntegramente el traslado entre regímenes pensionales, por tanto, la ineficacia a causa de la ineficiencia del deber de información debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. En igual forma, consideró no existen presupuestos procesales para declarar la ineficacia solicitada por la

demandante toda vez que debe hacerse íntegramente, debe tenerse en cuenta que la validez del acto de traslado y sus consecuencias debe hacerse a la luz del estatuto de la seguridad social, por tanto, el deber de información debe estar sujeto a normas vigentes al momento del traslado y no pueden aplicarse normas posteriores bajo el principio de irretroactividad de la ley, expreso además que esto descapitaliza el sistema pensional.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando que se les absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. Por su parte, la demandante alegó solicitando se confirme la decisión de primer grado

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede

realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 10 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 26 de enero de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 26 de enero de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 03 de abril de 2019 (Fl. 14), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 97,71 semanas de cotización aproximadas (fls. 16 y 25) equivalentes a 1 año, 10 meses y 14 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 24 de octubre de 2001 (fl. 12 y 112), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En un escenario como el presente, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado

sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 12 y 112), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (24 de octubre de 2001 (fl. 12), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte apelante, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

#### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a vertical stroke, positioned above the name.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

*Diego Roberto Montoya*  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GILMA AURORA OLAYA VEGA contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-036-2018-00665-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de julio del 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora GILMA AURORA OLAYA VEGA pretende se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, realizado con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A, al no haberle proporcionado dicha AFP una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a la misma, incumpliendo con su deber de buen consejo. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES y a ésta, aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 1 de abril de 1982; y reconocerle derecho al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993, aplicando para su caso concreto el régimen de

transición al que tiene derecho. Que se condene a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que se afilió al ISS, hoy administrado por COLPENSIONES el 01 de abril de 1982, para el cual cotizó un total de 659,42 semanas. Posteriormente, se afilió a la AFP PORVENIR el 17 de enero del año 2000, administradora en la cual hoy se encuentra afiliada. Manifiesta que para esa época, un funcionario de PORVENIR la asesoró sin informarle que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en COLPENSIONES, tampoco le elaboró una proyección de su pensión teniendo en cuenta el valor del bono pensional, ni la asesoró respecto de las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen; por el contrario, le mencionó respecto de su posibilidad de pensionarse a una menor edad sin señalarle la afectación sobre su mesada y bono pensional, le brindó una información sesgada y parcializada, omitiéndole la facultad de retornar al régimen de prima media. Señaló que cuenta con un total de 1.552 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Que el 5 de julio de 2018 radicó formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES, obteniendo respuesta negativa bajo el argumento de no ser procedente, por se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse. ¡en razón a la prohibición legal. Igualmente, mediante Derecho de Petición solicitó a PORVENIR la invalidación de su afiliación, la cual fue rechazada (FIs. 6 a 22).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, argumentando que si bien en principio, la actora era beneficiaria del Régimen de Transición, no contaba con los 15 años de cotización; además, al momento de trasladarse perdió tal beneficio y no puede recobrarlo, por lo cual no puede pretender trasladarse al RPMPD. Respecto a la solicitud elevada por la accionante de retornar al RPM, este no se podía realizar por prohibición legal, debido a que le faltaban 10 años o menos para acceder a su derecho pensional. De otro lado, la accionante no hizo uso de su derecho de retracto y se encontraba frente a una mera expectativa al no contar con la edad ni con las semanas o tiempo de servicio requerido para regresar al RPMPD. De otro lado, no era posible considerar que hubo algún vicio del consentimiento en razón a no tener fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica y de haber existido causal de nulidad, esta no se alegó dentro del término legal y consecuentemente ya fue saneada por la ratificación expresa o tácita de la accionante. Por último, señaló en torno a la solicitud del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que no resulta procedente debido a que la actora no se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media y tampoco es beneficiaria

del Régimen de Transición. Propuso la excepción previa de «Falta de competencia» y como excepciones de fondo; y como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia del derecho pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 66 a 89).

Por su parte la demandada AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por la señora GILMA AURORA OLAYA VEGA, por el contrario, se dieron todos los requisitos legales para la validez del traslado de régimen. En efecto, la afiliación a cualquiera de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, el cual se realiza con la suscripción del formulario de solicitud de la afiliación. Adicionalmente, la información suministrada es acorde a los lineamientos legales y no por disposiciones caprichosas de las AFP´s, de esta manera, los asesores de la administradora están capacitados para garantizar una adecuada orientación asesoría a los posibles afiliados, así como las variables y consecuencias; igualmente se pone en manos del afiliado la decisión de su futuro a través de la planeación y ahorro. Por estas razones, no puede aducir la accionante que fue engañada cuando además tuvo la oportunidad de leer, hacer preguntas y sustraerse de firmar el documento. Así mismo, no se les puede exigir a las administradoras el cumplimiento de un deber que para la época del caso en estudio aún no estaba vigente, tampoco es válido para el caso, la aplicación del precedente judicial debido a que las decisiones allí tomadas fueron en razón a supuestos fácticos diferentes. Por último, manifestó que la actora estuvo consciente en todo el tiempo de la afiliación y posteriormente, no hizo uso de su derecho de trasladarse, por lo que no puede aducir en su favor la excusa de ignorancia de la ley. Agregó que la carga de la prueba está en cabeza de quien alega la culpa o la mala fe. Propuso como excepciones de mérito las de: «Prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls.106 a 115).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de julio del 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; condenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora que incluyan cotizaciones y rendimientos sin que le sea posible descontar suma

alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó a PORVENIR al pago de costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que en aplicación de la jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se han venido precisando criterios en torno a validar procesos como el presente, independientemente de si las personas son o no beneficiarios del régimen de transición o si ya contaban con una expectativa legítima o un derecho ya consolidado, precisando en ese sentido que la decisión que tienen los afiliados de elegir entre los diferentes regímenes tiene que estar precedida de un pleno conocimiento que tenga el afiliado de uno y otro régimen, acompañado de una información eficiente, oportuna y de doble asesoría, ya que son las administradoras a quienes se les exige probar que suministraron la información suficiente, lo cual no ocurrió en el caso concreto, configurándose la ineficacia del traslado y no de una nulidad.

#### RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia, argumentando con relación a las sentencias traídas a colación por el Despacho, que si bien la Corte ha declarado la ineficacia de los traslados, lo cierto es que los casos se deben estudiar de manera particular, en razón que si bien la demandante tenía más de 35 años de edad, no acreditó cotizaciones durante 15 años, por lo que el caso no resulta equiparable a los estudiados por la Corte, en razón a que no se evidencia que contara con una expectativa legítima. Advirtió que la actora perdió su beneficio al Régimen de Transición porque se trasladó válidamente de régimen a la AFP PORVENIR, ya que suscribió el formulario de afiliación y durante el interrogatorio aseguró haberlo suscrito de manera libre, en razón a sus beneficios, dadas en la asesoría que acredita la información suministrada sin que fuera obligatorio para las administradoras hacer alguna proyección; adicionalmente, la actora tenía la capacidad para ser beneficiaria financiera y no probó algún vicio del consentimiento, pero si su falta de cuidado para trasladarse al régimen privado. Aunado a ello, sostuvo que la prohibición legal es para aquellas personas que están próximas a acceder a su pensión en virtud del principio de sostenibilidad fiscal. Respecto a la prescripción, sostuvo que la misma debe aplicarse ya que en los procesos de ineficacia de traslado no gozan de imprescriptibilidad pues el problema es el acto de traslado de régimen, que no es un aspecto consustancial a la seguridad social.

Igualmente, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, en razón a que se declaró la ineficacia en razón a la falta de información, la cual no se puede declarar automáticamente, sino que es menester estudiar cada caso en particular. Preciso que conforme a salvamento de voto frente a decisión de la CSJ-SL, considera que la declaración de ineficacia no puede hacerse de manera indiscriminada por la falta de información alegada por el demandante y sin importar si el afiliado tiene o no un derecho consolidado o si está próxima o no a pensionarse, dado que la validez de la información se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo y hacerlo de forma masiva sería crear un sistema legal que no ha sido establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el Legislador consagró la voluntad del afiliado de vincularse a uno u otro régimen, asumiendo las consecuencias del mismo. Adicionalmente, señaló, para que se puede declarar la ineficacia debe haberse presentado un acto de dolo que en los casos no se evidenció, pero sí que la demandante firmó el formulario de manera voluntaria, además refirió a las obligaciones de los afiliados de conocer las condiciones de los regímenes pensionales. Respecto a los gastos de administración, sostuvo que las AFP's no están en obligación de trasladar estos gastos ya que fueron usados en el paso del tiempo para asumir los costos del afiliado y estos dineros no benefician a los beneficiarios, sino que se causan en razón del gasto operativo y reconocerlos generaría un enriquecimiento sin justa causa, susceptibles además de prescribir. Por último, agregó frente al deber de información, que se encontró probado que sí se recibió por parte de los asesores que apoyaron la suscripción del formulario.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando que se les absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. Por su parte, la demandante alegó solicitando se confirme la decisión de primer grado

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 03 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 09 de marzo de 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 09 de marzo de 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 05 de julio de 2018 (FIs. 50-51), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 568 semanas de cotización (fls. 35 y 127), equivalentes a 10 años, 10 meses y 19 días, no encontrándose en la excepción prevista

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".



en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de enero de 2.000 (FI. 33), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y

vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante no recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 33) plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., estos no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen el 17 de enero de 2000 (fl. 33), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas

queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante, cuando se trasladó de régimen pensional, independiente de estas circunstancias.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DUVIS DE SOCORRO JIMENEZ BARRAZA, en calidad de curadora del interdicto NEFTALÍ JIMÉNEZ BARRAZA contra COLPENSIONES. Rad. 110013105-032-2018-00738-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de julio del año 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

DEMANDA: La señora DUVIS DEL SOCORRO JIMENEZ BARRAZA, en su calidad de curadora del interdicto NEFTALÍ JIMÉNEZ BARRAZA, pretende se le reconozca a éste último la cuota pensional de sobrevivientes del pensionado RUBÉN DARÍO JIMENEZ FERNANDEZ a partir del momento en que le fuera determinada la calidad de interdicto mediante sentencia judicial debidamente ejecutoriada, como consecuencia de lo anterior, sea incluido en nómina de pensionados y le cancelen las mesadas que se ocasionaron desde el momento en que se dio la calidad de interdicto. Así mismo, se tenga a la señora DUVIS DEL SOCORRO JIMENEZ como curadora del interdicto NEFTALI JIMENEZ para que administre la cuota pensional de sobreviviente.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que como curadora del interdicto NEFTALI JIMENEZ BARRAZA, presentó solicitud ante COLPENSIONES, con el fin de que se le reconociera a su tutor la cuota parte de la pensión de sobrevivientes del causante señor RUBEN DARIO JIMENEZ

FERNANDEZ, fundamentando su petición en que el interdicto es hermano del causante, que al ser una persona invalida, reúne los requisitos para obtener el derecho solicitado. Que COLPENSIONES mediante Resolución No. SUB 281020 del 6 de diciembre de 2017, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, decisión frente a la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, sin embargo, se confirmó la decisión inicial el 10 de enero de 2018. Agregó que, al ser una persona incapaz, se encuentra en estado de indefensión, siendo su única posibilidad de ingreso la pensión de sobrevivientes para poder mantener y sostener su invalidez, por lo que debe acudir a la posibilidad de la pensión de sobrevivientes de su hermano (fls. 2 a 4).

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que no se encuentra acreditada la calidad de beneficiario del causante, dado que el documento aportado por la accionante es de calidad provisional, aclaró que no existe sentencia que declare la interdicción del señor NEFTALI, agregó que el nombramiento del curador provisional se realizó como medida previsorá del presunto interdicto, mientras el juez evalúa las pruebas y exámenes médicos para determinar si hay lugar a declarar la interdicción. De esa manera, señaló que ante COLPENSIONES no se han acreditado los requisitos mínimos para acceder a la prestación, máxime cuando aún no se ha calificado la pérdida de la capacidad laboral. Por lo anterior, expuso que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión solicitada en favor del señor NEFTALI, al no acreditar su condición de beneficiario del causante. Propuso como excepciones de fondo, las excepciones de «Buena fe de Colpensiones», «Prescripción», «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para pedir», «Inexistencia de los intereses moratorios», «Inexistencia del derecho reclamado», «Innominada o genérica» y «Compensación» (fls.37 a 41 y 178).

Mediante auto del 24 de enero de 2019 se ordenó vincular al proceso en calidad de litis consorte necesarias, a las señoras CARMEN CECILIA BARRAZA DE JIMENEZ y JUDITH MARIA SALGADO SAEZ (fls.25), sin embargo, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la señora BARRAZA DE JIMENEZ por extemporánea (fl. 190); Con relación a la señora JUDITH MARÍA SALGADO JINMÉNEZ, la contestó mediante curador ad litem, con oposición a las pretensiones, señalando que la jurisprudencia ha establecido que para dar cabida al beneficio en el caso de invalidez, esta se debe haber declarado y estructurado antes del

fallecimiento del causante, y se debe demostrar la dependencia económica y en caso de autos, se evidencia que la declaratoria de invalidez del señor NEFTALI JIMENEZ se dictaminó el día 05 de julio de 2017, y el fallecimiento del causante de la pensión de sobreviviente ocurrió el 24 de octubre de 2016, de igual forma, consideró que no está demostrada la dependencia económica del señor NEFTALI con relación al causante, en consecuencia no es dable declararlo beneficiario, toda vez que no cumple con lo establecido por la norma aplicable. Agregó que la pensión de sobrevivientes fue legalmente concebida en favor de las señoras JUDITH MARIA SALGADO compañera permanente y CARMEN CECILIA BARRAZA DE JIMENEZ cónyuge, por tanto, el señor NEFTALI JIMENEZ no puede ser beneficiario de una cuota parte de dicha pensión, en razón a que lo preceptuado en la norma le excluye, al contar con mayor derecho de dicha pensión la compañera permanente y cónyuge. Propuso la excepción de: «innominada o genérica» (fls. 176 a 177, 197 a 200).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día el 13 de julio del año 2020, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia del derecho reclamado propuestas por la demandada COLPENSIONES, por lo anterior, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que si bien estaban acreditadas la condición de hijo del causante y el estado de invalidez del actor, no así se probó la dependencia económica respecto del causante, puesto que conforme a las pruebas aportadas, si bien el señor RUBEN JIMENEZ FERNÁNDEZ tenía colaboración para con su hijo, era un aporte para la familia en general, del mismo modo advirtió que para el momento en que falleció su padre, el señor NEFTALI laboraba manejando moto taxi, razón por la cual, no podía entenderse que este dependiera económicamente del causante cuando este falleció, de tal manera que las pruebas allegadas al proceso concluían la existencia de ayuda ocasional que hacen los padres a sus hijos, pero no dependencia económica.

#### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, argumentando, en síntesis, que por su condición el señor NEFTALI JIMENEZ dependía económicamente de su padre, aunado a ello, indicó que no existe norma que consagre la extinción del derecho al reconocimiento pensional al hijo invalido. Que por el hecho de que tenga una unión marital, no se

pierda el vínculo o las obligaciones derivadas del lazo filial. Consideró que la dependencia se da al momento del socorro, de la ayuda que ocasional o mensualmente le brinda su padre al hijo inválido, la cual nunca termina, por ello, no se le puede vulnerar ese derecho fundamental. Agregó que los ingresos de NEFTALI JIMENEZ eran ocasionales no siendo necesarios para su congrua subsistencia, considerando que está plenamente demostrado el parentesco y la dependencia, y agregó que no se ha probado la independencia económica del interdicto, por el contrario, se probó que el actor dependía económicamente del causante y que se deben apreciar de fondo todas las pruebas en aras de obtener el derecho pensional, insistiendo que por su condición de protegido constitucionalmente, tiene el derecho y que nada tiene que ver que tenga familia; agregando que le vulneraron el debido proceso cuando COLPENSIONES no le corrió traslado de la investigación realizada que se realizó, no teniendo la oportunidad de contradecirlo, la cual además no la hacen personas calificadas en investigación.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la contestación de la demanda, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar en virtud del recurso de apelación presentado por la parte actora, si al señor NEFTALI JIMENEZ BARRAZA le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte de su padre.

## CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que al causante RUBEN DARÍO JIMENEZ FERNÁNDEZ el extinto ISS a través de la Resolución No. 3028 del 27 de agosto 1996 le reconoció pensión de invalidez, efectiva a partir del 1° de enero de 1996, cuya cuantía equivalía al SMLMV, la cual fue convertida posteriormente a pensión de vejez, según Resolución 3016 del 26 de febrero de 2009, tal como se vislumbra del citado acto administrativo obrante en el expediente administrativo de folio 178 y se admite por la entidad accionada en las resoluciones mediante las cuales se negó el reconocimiento pensional que acá se deprecia (fls. 97



a 116). Igualmente se probó que el pensionado, señor RUBEN DARÍO JIMENEZ FERNÁNDEZ falleció el 24 de octubre de 2016 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto en el expediente administrativo de folio 178. También se encuentra probado en el proceso que, por tal razón, mediante Resolución GNR 378263 del 12 de diciembre de 2016, COLPENSIONES reconoció pensión de sobrevivientes a las señoras MARIA JUDITH SALGADO SAEZ en un porcentaje 50.13% en calidad de compañera permanente y a CARMEN CECILIA BARRAZA DE JIMENEZ en un porcentaje del 49.87% en calidad de cónyuge (CD fl. 178). También se encuentra probado en el plenario el señor NEFTALÍ JIMÉNEZ ostenta la calidad hijo del causante y que se encuentra actualmente en estado de interdicción, siendo su curadora la señora DUVIS DEL SOCORRO JIMENEZ BARRAZA quien es hermana del mismo (fls. 86 a 88).

De acuerdo con los anteriores hechos probados, el estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en este supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Con base en lo anterior, el problema jurídico a decidir se centra en la demostración de la invalidez del hijo del demandante y la dependencia económica exigida en la norma para tenerlo como beneficiario de la prestación solicitada, de conformidad con lo dispuesto por el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que incluyó como beneficiarios a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, la que hace referencia a que no tengan ingresos adicionales mientras subsistan las condiciones de invalidez.

De conformidad con los parámetros fácticos y legales definidos, se tiene que la condición de inválido del señor NEFTALÍ JIMENEZ BARRAZA se acreditó de acuerdo al dictamen No. 24022 expedido por la Junta Regional de Calificación del Invalidez del Atlántico el 05 de julio de 2017, por medio del cual se le calificó su pérdida de capacidad laboral en 54.10%, con fecha de estructuración a partir del 19

de noviembre de 2015, con diagnóstico de EZQUIZOFRENIA PARANOIDE (fls. 130 a 133).

Las anteriores acreditaciones, sin duda alguna, permiten ubicar al señor NEFTALI JIMENEZ BARRAZA en calidad de inválido según lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, al superar el porcentaje del 50% que es el que permite dar dicha calificación.

Frente al requisito de la dependencia económica, debe decirse que el mismo no fue acreditado según la decisión de primer grado y se constituye en el principal aspecto a dilucidar en la presente decisión, en virtud de la apelación propuesta por el extremo activo de la presente causa.

Para ello es necesario indicar que la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006, declaró inexecutable la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en «forma absoluta y total» como se concibió inicialmente en la norma antes citada, por tanto determinó que la dependencia económica se entiende como la falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes suministrarse para sí misma su propia subsistencia, por lo que ésta supone un criterio de necesidad, que resulta indispensable para asegurar la subsistencia de quien, como en el caso de los hijos inválidos, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir de dicha ayuda. Por ello la dependencia económica no siempre es total o absoluta, pues no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional, siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, valga decir, haga desaparecer la relación de subordinación frente al progenitor (a) fallecido (a).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido del criterio reiterado que la dependencia económica se establece en cada caso particular, sin que la misma sea total y absoluta, pues lo que ha de probar es que se derive de una contribución por parte del causante, que se acredite como relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento del demandante, y que pueda configurar subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL10251 del 12 de julio de 2017). En igual sentido determinó que para poder tener, en calidad de beneficiarios, derecho a la pensión de sobrevivientes por la muerte del padre, madre o hijo respectivamente, no es necesario que se encuentre en estado de mendicidad o indigencia, pues el simple hecho de recibir ingresos de otras fuentes, no significa que tenga autonomía

económica para subsistir por sí solo<sup>1</sup>. Además, la citada Corporación señaló que la dependencia que da lugar a la prestación, es la que existió al momento de la muerte y no después de acaecida ésta<sup>2</sup>.

De conformidad con las normas antes citadas y el entendimiento jurisprudencial expuesto, se procede a estudiar el requisito de dependencia económica del demandante respecto de su fallecido padre. Para tal efecto se recibieron los siguientes testimonios:

**DUVIS DEL SOCORRO JIMENEZ BARRAZA:** Hermana y curadora de NEFTALI JIMENEZ, quien manifestó, se ha encargado de sus citas médicas, que EL causante fue su padre, quien era pensionado y tenía un taller de ventiladores a pesar de contar con quebrantos de salud. Explicó que su padre vivía en el centro de soledad con la señora JUDITH SALGADO. Señaló que la visitaba (a ella) frecuentemente y ayudaba económicamente para los requerimientos de su hijo NEFTALI, manifestó que no era mucha la ayuda que brindaba, que su padre no vivió de manera permanente con su hermano NEFTALI, por el contrario, convivió con la señora JUDITH por más de 20 años. Agregó que NEFTALI nació el 28 de julio de 1976, que le afectó la separación con su padre y una vez terminó el bachillerato notaron cambios en su comportamiento e inició con el consumo de los estupefacientes. Sostuvo que comenzó a asistir al psiquiatra, y fue en el año 2015 que se le diagnosticó esquizofrenia paranoica y diabetes. Explicó que la enfermedad mental se conoció cuando su padre aún estaba con vida. Que el señor NEFTALI es soltero, que tiene 4 hijos, con tres mujeres distintas, una de sus hijas tiene de 26 años. Recordó que trabajó hace años por máximo 3 meses, porque al conocerlo se daban cuenta que no era una persona apta para tener un empleo; que tenía una moto que usaba como mototaxi la cual tuvieron que vender porque no le hacía bien mentalmente, dicho vehículo indicó que se la regaló otro de sus hermanos, hace 5 años y hace 2 años (la declaración fue el 13 de julio de 2020) la vendieron con su madre para que no le hicieran daño, comentó que su padre le ayudaba a su hijo con el producido de su taller con \$150.000 y ocasionalmente \$20.000 o \$50.000 que le daba directamente al señor NEFTALI. explicó que cada vez que a su padre le pagaban la pensión le hacía llegar en una bolsa el dinero, e indicó, que le pedía que no le contara a la señora JUDITH SALGADO al respecto. Informó igualmente, que el señor NEFTALI vivía del sustento de su casa y del apoyo de sus hermanos, madre y su padre.

---

<sup>1</sup> Sentencia CSJ SL8406-2015.

<sup>2</sup> Sentencia CSJ SL-15116-2014.

CENID SOFIA MORALES VILLAREAL. Informó que es vecina del señor NEFTALI y lo conoce desde que era muy pequeño, así mismo conoció al padre, el señor RUBEN JIMENEZ, quien ya era pensionado, y que el señor NEFTALI antes de enfermar trabajaba manejando moto taxi. Sostuvo que el señor RUBEN JIMENEZ le ayudaba económicamente, lo cual le constaba, porque lo veía hacerlo los domingos. Señaló saber que al señor NEFTALI se le alteraron los nervios, y que debido a esto debe tomar medicamentos para quitarse la ansiedad. Mencionó que desconoce si los aportes que brindaba el causante eran suficientes para el sostenimiento del señor NEFTALI; que sólo conocía que le ayudaba bastante y que le constaba el parentesco entre el causante y el señor NEFTALI, comentó que es la señora DUVIS JIMENEZ quien está pendiente del interdicto, explicando que hace 4 años el señor NEFTALI tiene esa enfermedad. Agregó, que los hijos de este comparten gran tiempo en la casa del accionante, precisando que veía al señor RUBEN JIMENEZ en la casa donde vivía la madre del señor NEFTALI, incluso indico que desconocía que tenía otra esposa.

CONSUELO ISABEL OSPINO. Manifestó que conoce hace más de 10 años al señor NEFTALI JIMENEZ y que su padre, el señor RUBEN JIMENEZ falleció en octubre de 2016. Indicó que este se dedicaba a arreglar abanicos y además era pensionado. Manifestó que el señor NEFTALI manejaba moto taxi para el año 2016, agregando, el señor RUBEN le ayudaba a su hijo económicamente, enviándole mensualmente dinero y alimentos, aproximadamente \$100.000. Explicó que ello le consta, porque le contaban cuando le enviaban dinero al señor NEFTALI para uso de él. Anotó que conoce que este padece esquizofrenia desde el año 2015, lo cual le consta porque lo veía en sus crisis, pues vive a 2 cuadras del interdicto. Detalló que constantemente veía al señor NEFTALI y su familia y que este debido a su enfermedad no vive permanentemente con sus hijos, agregando, que cuando se enfermó dejó de trabajar en moto taxi, y recordó que el señor NEFTALI ha tenido una unión libre, así mismo informó que los ingresos de este no han sido de manera permanente.

Aunado a lo anterior, se recibió la declaración extra proceso rendida ante notario el 02 de octubre de 2017 de manera conjunta por los señores WILLIAM ANTONIO FONTALVO BARRIOS y MARGARITA ROSA PACHECHO VELASCO (fl. 156), quienes al unísono expresaron conocer «de trato (sic) vista y comunicación al señor NEFTALI JIMENEZ BARRAZA..., quien desde su nacimiento dependió totalmente económicamente (sic) y en todos los aspectos de su padre el señor RUBEN DARÍO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ [...]. Que por todo el conocimiento anteriormente manifestado, damos fe que el señor NEFTALI JIMENEZ BARRAZA, posee

discapacidad de esquizofrenia paranoide [...], que por tal razón[...], siempre dependió económicamente de su padre [...], quien con base a su digna labor siempre le salvaguardó todo lo que es necesario para el digno subsistir de su hijo, y hasta el momento de su fallecimiento ocurrido en fecha 24 de octubre de 2016, con base a la pensión que recibía le siguió asistiendo económicamente [...] sabemos y nos consta que NEFTALI JIMENEZ BARRAZA y su padre vivían bajo un mismo techo en [...] Barrio la floresta del Municipio de Soledad, lugar en el cual fue el último domicilio de su padre».

De igual modo, la señora madre del señor NEFTALI JIMENEZ BARRAZA, CARMEN CECILIA BARRAZA DE JIMENEZ, vinculada al presente juicio en calidad de litisconsorte necesario, en declaración extra proceso rendida el 13 de junio de 2019 (fl. 157), manifestó que su finado esposo, el causante, en vida le suministraba una cuota mensual de \$150.000, los cuales utilizaba para las cosas personales y los medicamentos de su hijo, quien nunca ha laborado, ya que por ser discapacitado no puede valerse por sí mismo, «siendo mi finado esposo y yo las únicas personas que le suministramos todo lo necesario».

De las pruebas antes descritas y analizadas a la luz de la sana crítica probatoria a la que obliga el artículo 61 del CPT y SS, se colige que no se encuentra demostrada la dependencia económica del demandante respecto de su padre fallecido, principalmente porque no se demostró por la parte actora que para el momento de fallecer el causante, ciertamente el actor fuera dependiente de la ayuda económica que presuntamente le prodigaba su padre en vida, no se acreditó que fuese el causante quien asumiera los gastos personales y básicos del actor, o por lo menos, suministrara una colaboración económica que fuese relevante y necesaria para su congrua subsistencia. De los testimonios rendidos, no es posible derivar tal aspecto pues si bien indican conocer al demandante y a su familia, así como al finado padre, lo cierto que se denotan marcadas contradicciones en torno al conocimiento que podrían tener respecto de la dependencia económica, así como de determinados aspectos que les hace perder credibilidad; no hay certeza que en efecto hayan sido testigos de la forma en que el causante le brindó ayuda económica a su hijo invalido, explican por ejemplo, en el caso de la testigo CENID SOFIA MORALES VILLAREAL que el causante vivía en la misma casa que el hoy interdicto, junto a su señora madre CARMEN CECILIA BARRAZA, pero incluso no sabía de la existencia de la señora JUDITH, la cual era la compañera permanente del obitado con quien vivía en un barrio diferente, lo cual reseña con claridad la propia promotora del presente juicio; luego entonces, desconocer aspectos tan relevantes como este, no permiten a la Sala darle credibilidad a ese testimonio; lo mismo ocurre con el de la señora CONSUELO

ISABEL OSPINO, quien si bien anotó que el causante le enviaba \$100.000, ello le constaba porque se lo contaron, no porque tuviera conocimiento directo del hecho. Nótese además que mientras la primera de las señaladas testigos explicó que los hijos del señor NEFTALÍ compartían gran tiempo en la casa del accionante, la otra testigo refiere que no vive permanentemente con sus hijos. Desde luego que lo dicho por la señora DUVIS DEL SOCORRO JIMENEZ, poca credibilidad merece dado que es parte interesada en el resultado del presente juicio y admitir lo que indicó en su declaración en torno a la dependencia económica, equivale a fabricar su propia prueba, lo cual no resulta admisible probatoriamente. Entonces lo dicho por los testigos, si bien resulta creíble en torno al estado actual de salud del demandante, de estos no puede predicarse lo mismo sobre la dependencia económica que señala la parte actora del invalido respecto del causante al momento en que ocurrió el deceso. Además de lo anterior, su dicho refleja inconsistencias y contradicciones respecto de lo manifestado las declaraciones extraprocesales mencionadas, pues allí se manifestó que el actor siempre vivió bajo el mismo techo del causante, lo cual como ya se vio no resulta ser cierto.

En todo caso, es preciso indicar con relación a estas declaraciones extraproceso, que si bien se les asigna pleno valor probatorio, pues respecto de las declaraciones extra juicio no se solicitó su ratificación por la parte demandada, lo cierto es que lo dicho por esos testigos, además de la contradicción indicada, no informaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar del conocimiento de los hechos, sumado a que las afirmaciones fueron genéricas y no permiten determinar con claridad y precisión, cuál fue el nivel de ayuda ofrecido por el fallecido en relación con su hijo inválido.

En cuanto a las restantes documentales, únicamente están relacionadas con la historia clínica y el estado de salud del demandante, las cuales por demás registran fechas posteriores al fallecimiento del causante y que en todo caso, como bien lo esgrimió el a quo, establecen que el actor, aunque de manera informal, informó en cada una de las citas o valoraciones médicas, que ejercía la labor de mototaxismo, así como que tenía una compañera o esposa. Estas últimas circunstancias en todo caso, no son la razón primordial para concluir que el actor no dependía económicamente del causante, empero, todo este material probatorio valorado a la luz de la sana crítica en contraste con la prueba testimonial analizada, permiten que no se obtenga certeza del fin acá perseguido por la parte actora.

En ese orden de ideas, si bien no se desconoce por parte de la Sala que el precario estado de salud del demandante y que su invalidez es previa a la muerte del causante, no es posible establecer del análisis de las pruebas antes mencionadas, cual fue la

ayuda ofrecida y desde luego, que la misma haya sido de tal entidad que resultara determinante para la congrua subsistencia del accionante, y por tanto, que su ausencia afectara sus condiciones mínimas de sostenimiento. Reiterando que el hecho de percibir ingresos ocasionales de alguna actividad que realizara, si bien no lo convierte de manera automática e inexorable en independiente económico sí generan en la sala falta de certidumbre en cuanto a que para la fecha en que muere el causante, la ayuda económica que recibía de su padre el demandante, fuere de tal entidad que lo hiciere dependiente económico de este.

Bajo este panorama probatorio, considera la Sala que la conclusión expuesta en precedencia a la que se llega a través de la libre formación del convencimiento con arreglo a la aplicación de las reglas de la sana critica probatoria, es suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

#### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

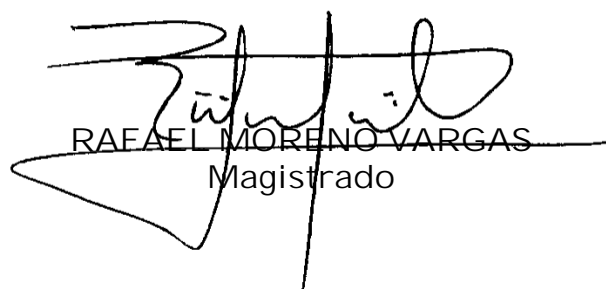
#### RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme se consideró en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

  
RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL  
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proceso ordinario laboral de LUIS EDUARDO VILLEGAS PULIDO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 110013105-025-2018-00226-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de agosto de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor LUIS EDUARDO VILLEGAS PULIDO, como pretensiones principales, solicita se declare que es beneficiario del régimen de transición y su régimen previsto en el Decreto 1281 de 1994 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que el régimen aplicable a su situación pensional es el dispuesto en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990; como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión especial de vejez a partir del cumplimiento de los 45 años de edad, es decir, desde el 12 de abril de 2008 con las mesadas adicionales de junio y diciembre; intereses moratorios, lo ultra y extra petita, más las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias, se declare que es beneficiario de lo nombrado por el artículo 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003 y se condene al pago de los intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 12 de abril de 1963, que cotizó al RPMPD un total de 1542 semanas, de las cuales 1.390 semanas

fueron cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo. Señaló que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 11 años de cotizaciones. Que laboró para CRISTALERÍA PELDAR S.A, hasta el 21 de octubre de 2016. Manifestó que el 19 de septiembre de 2013 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, petición que fue negada mediante Resolución GNR 34003 del 07 de febrero de 2014, y confirmada mediante Resoluciones GNR 214855 del 12 de junio de 2014 y VPB 28182 del 27 de marzo de 2015. Informó que el 1º de diciembre de 2016 solicitó nuevamente la prestación, siendo ordenado su reconocimiento y pago mediante Resolución GNR 172633, con un IBL de 67.70%, efectiva a partir del 1º de julio de 2016; posteriormente se efectuó reliquidación mediante Resolución GNR 2822 del 06 de enero de 2017, siendo confirmado lo anterior mediante resoluciones SUB 31761 del 07 de abril de 2018 y DIR 6961 del 31 de mayo de 2017 (fls. 1 a 14).

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de las mismas. Para ello argumentó que la solicitud carece de fundamento factico, por no cumplirse con los requisitos exigidos, resaltando que su actuar se encuentra ajustado a derecho, estableciendo que no es viable acceder a lo peticionado, toda vez que las normas vigentes no permiten la posibilidad de pensionarse bajo la modalidad de alto riesgo antes de los 50 años de edad, aunado a ello, informó que una vez analizadas las semanas cotizadas y el tiempo de la parte actora desde la óptica de la pensión de vejez especial arrojó que los actos administrativos que reliquidaron la prestación se encuentran ajustados a derecho. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción y caducidad»; «inexistencia del derecho y de la obligación»; «cobro de lo no debido»; «buena fe»; «presunción de legalidad de los actos administrativos» e «innominada o genérica» (fls. 44- 49).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que COLPENSIONES debe de reconocer y cancelar a favor del demandante la reliquidación de su pensión de vejez por actividad de alto riesgo, de conformidad con el Decreto 2090 de 2003, a partir del 1º de julio de 2016 por un valor de \$3.613.659.12 valor que a 2020 arroja la suma de \$4.260.194.54, la cual deberá ser reajustada anualmente. Declaró no probada la excepción de prescripción; condenó a COLPENSIONES a cancelar por concepto de retroactivo

pensional por diferencias hasta el 31 de julio de 2020 la suma de \$3.546.668.55 que deberá ser indexada al momento del pago. Absolvió a la demandada de las pretensiones principales y de los intereses de mora.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó inicialmente en lo que respecta al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que al 1º de abril de 1994 el actor sólo con 30 años de edad y 389 semanas cotizadas, sin cumplirse el equivalente de semanas correspondientes a los 15 años, por lo expuesto no era posible aplicar el régimen de transición. En cuanto a la pretensión subsidiaria, esto es, si era beneficiario del Decreto 2090 de 2003, artículos 3 y 4, informó que el demandante sufragó un total de 1352 semanas de cotización especial y que nació el 12 de abril de 1963, por lo que en la actualidad cuenta 57 años de edad, cumpliendo con los requisitos de que trata el referido Decreto, no obstante sostuvo que no era procedente el disfrute del derecho desde el momento de cumplir los 50 años, pues la desafiliación al sistema se dio hasta el 01 de julio de 2016. Respecto al monto de la prestación señaló que se remite al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y en lo que tiene que ver con mesada 14, advirtió no era procedente como quiera que el derecho pensional era posterior al 31 de julio de 2014, de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, y que una vez realizadas las operaciones aritméticas, el IBL del demandante de los últimos 10 años correspondía a \$5.338.541.91, con una primera mesada pensional de \$3.613.659.02 efectiva a partir del 1º de julio de 2016, para una diferencia pensional en la primera mesada por el valor de \$61.071. En cuanto a la excepción de prescripción, recordó que el demandante solicitó el 1º de diciembre de 2016 su reliquidación interrumpiéndose así la prescripción, por ello no se encontraba configurado tal fenómeno. Finalmente, señaló que no eran procedentes los intereses moratorios, en su lugar indicó que procedía la indexación de la condena.

### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme parcialmente con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante la apeló en procura de que se modifique, en cuanto a determinar la fecha de disfrute de la pensión de vejez del actor, para ello argumentó que si bien es cierto el demandante se desafilió del sistema en el año 2016, la misma obedeció a la negativa en el reconocimiento de su pensión de vejez por actividad de alto riesgo por parte de COLPENSIONES. Arguyó que, si bien en el Decreto 2090 de 2003 se determinó que el disfrute de la pensión era a partir de la desafiliación en el SSS, no obstante, no podía afectar su disfrute del derecho pensional, por cuanto fue la demandada quien lo indujo en error a seguir cotizando, cuando negó la pensión de

alto riesgo, siendo obligado a seguir realizando dichas cotizaciones afectando su desafiliación del sistema. Por lo anterior, solicita se decrete que tiene el estatus pensional a partir del cumplimiento de sus 51 años de edad, conforme al cálculo aritmético, que determina que por la densidad de semanas cotizadas en actividades de alto riesgo adicional a las 700 primeras da un descuento de 4 años.

A su turno la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, solicitando se absuelva de las condenas impuestas en su contra, tras considerar que no existen motivos de hecho y derecho que permitan un retroactivo al incrementar una mesada pensional a favor del accionante, para ello argumentó que mediante Resolución 6961 del 31 de mayo de 2017, procedió a realizar la reliquidación a favor del actor tomando como IBL el valor de \$5.248.321, siendo calculado en 67.69%, dando como resultado una pensión mensual de \$3.552.588, así mismo evidenció que la pensión se reconoció conforme a los requisitos exigidos para dicha prestación bajo el principio de favorabilidad, aunado a ello, anotó que la pensión no cuenta con ninguna variación, es decir, que no se generan valores a favor del pensionado. Finalmente señaló que la fecha de estatus pensional del demandante se tomó desde el 11 de julio de 2015, con fecha de efectividad al 1° de julio de 2016 con un IBL de 67.69%, cuyo valor actual de la mesada es de \$3.756.862 cumpliéndose a cabalidad con todos los lineamientos correspondientes para la pensión especial de alto riesgo.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandante allegó sus alegaciones en similares términos a los del libelo introductorio solicitando se modifique el fallo de primera instancia en el sentido de reconocer y pagar su pensión de vejez por actividad de alto riesgo desde el momento en que se demostró su intención de desafiliación del sistema, esto es, el 19 de septiembre de 2013, junto con el reconocimiento de intereses moratorios y costas a la parte demandada. Por su parte, la demandada COLPENSIONES presentó alegatos solicitando se revoque la decisión de primera instancia, toda vez que la prestación fue reliquidada en debida forma.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante

tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez desde el 19 de septiembre de 2013, cuando efectuó la primera reclamación de dicha prestación. De igual modo determinar el monto de la misma.

### CONSIDERACIONES

Para resolver los problemas jurídicos planteados, sea lo primer indicar que por medio de la Resolución GNR 172633 del 15 de junio de 2016, se le reconoció al demandante la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, a partir del 1° de junio de 2016, en cuantía inicial de \$3,542,927. En el citado acto administrativo, se advierte que la entidad señaló como fecha en que el afiliado alcanzó el estatus jurídico el día 1° de junio de 2015, argumentando reconocer el disfrute a partir de la referida fecha por cuanto el asegurado se encontraba activo y no presentaba novedad de retiro en el sistema (fls 16 a 29 y CD fl. 54).

En ese orden de ideas, se tiene que no es materia de controversia, que el actor no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ni el contemplado en el artículo 8° del Decreto 1281 del 2 de junio de 1994. Por manera que únicamente se tiene que al actor le resultan aplicables las disposiciones del Decreto 2090 de 2003, pues fue con la que se reconoció la pensión especial de vejez por alto riesgo al demandante, de modo que el punto álgido a dilucidar, se contrae a establecer si en efecto el disfrute de la pensión procede desde el momento en que el actor solicitó la prestación, el 19 de septiembre de 2013, o al día siguiente a la última cotización como lo concluyó el A quo, que concuerda con lo establecido por Colpensiones, punto sobre el que descenderá esta Sala de Decisión.

Para tal fin, resulta pertinente hacer una breve distinción entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales; el primer evento, se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión, o en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas cotizadas exigida según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión.

El segundo evento, puede coincidir o no con la causación del derecho, pero en todo caso penderá de este último, según la normatividad que resulte aplicable. Así pues, el artículo 13 del mencionado acuerdo regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, así:

«ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo».

Lo anterior encuentra sustento en que la pensión no es más que el pago diferido del haber pensional que han hecho empleador y trabajador, o trabajador independiente, según el caso, durante gran parte de su vida laboral, cuando cumple determinada edad y deja de ser productivo. Sin embargo, en casos particulares la Corte Suprema de Justicia ha inaplicado la exigencia de tal requisito, como se observará, en el pronunciamiento que a continuación se trae:

«Ahora bien, esta Sala de la Corte ha precisado el criterio expuesto en la sentencia arriba transcrita y, con posterioridad, en casos excepcionales ha considerado que la pensión de vejez debe reconocerse con anterioridad a la desafiliación, pero ello ha sido atendiendo las peculiaridades de los casos que en su momento analizó, como cuando ha habido negligencia en el ente de seguridad social en reconocer la prestación, pese a que se ha solicitado oportunamente por el afiliado, quien se ha visto obligado a seguir cotizando; también en aquellos casos en que el afiliado efectivamente ha dejado de trabajar, sin que se produjera su desafiliación, y, de igual modo, cuando el reconocimiento prestacional, antes de la desafiliación, se traduce en una mejora en el monto de la prestación. (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514)<sup>1</sup>».

De acuerdo con el criterio jurisprudencial que antecede, se deben atender a las peculiaridades del caso en concreto, teniendo en cuenta que en ningún momento puede verse afectado el afiliado en el disfrute de la pensión, cuando una vez cumplido con los requisitos, ha solicitado de manera oportuna el reconocimiento y pago de la prestación, pues la demora o negligencia de éste último en proceder a lo de su competencia, no puede desembocar en la pérdida de mesadas pensionales desde cuando en tiempo se petitionó su reconocimiento; de igual forma, ha sostenido la Corte, que se entiende que el afiliado desea retirarse del sistema desde el momento mismo en que deja de cotizar y además petitiona el reconocimiento de la pensión; este criterio, fue recogido con mayor amplitud en el siguiente pronunciamiento:

«El sentido en que una norma pueda producir un efecto más benéfico al trabajador, debe prevalecer sobre aquél que le resulte desfavorable, en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y 53 de la Constitución Política. Por ello, interpretar el canon legal en la dirección propuesta por la censura, no es el más acertado para la Sala, por lo cual, la intelección que más atiende el principio aludido, conservando la añeja distinción entre la causación y el disfrute de una pensión, es que si la norma no sanciona la omisión comentada, con la pérdida de las mesadas no es dable que el intérprete infiera tal consecuencia.

<sup>1</sup> Sentencia del 26 de octubre de 2010, Radicado 36290.

La intelección que mejor se aviene a los supuestos fácticos demostrados, es que la institución de seguridad social no está obligada a pagar al trabajador el valor de las mesadas, hasta tanto no se le informe sobre la desvinculación del sistema, o hasta cuando solicite que se le conceda la prestación, que es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, empero, le reconocerá y pagará, retroactivamente, las mesadas causadas desde la fecha en que completó las exigencias para acceder al derecho».

Esta misma postura fue reiterada en entre otros, en pronunciamiento del 6 de abril de 2016, sentencia SL4611-2016, donde el Alto Tribunal consideró que la interpretación del art. 13 del Acuerdo 049 de 1990, no se puede atender, en estricto, al texto literal de la norma, es decir, que el disfrute de la pensión está condicionado de manera ineludible a la desafiliación, pues hay casos, que dadas sus particularidades, ameritan una hermenéutica alternativa que dé una solución satisfactoria a su peculiaridad, a modo de ejemplo, la Corte ha compilado en abundante jurisprudencia dos casos recurrentes, que desde luego pueden presentar matices diferentes según el caso:

(i) El primero, es cuando por error de la Administradora de Pensiones, el afiliado se ve conminado a seguir realizando aportes al sistema (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 May. 2012, rad. 37798).

(ii) El segundo, cuando a pesar de no obrar en el expediente administrativo reporte de novedad de retiro, la conducta del afiliado evidencia inequívocamente que es su deseo desafiliarse del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605, SL4611-2015). Este retiro del sistema puede inferirse de tres circunstancias evidentes y que debe valorar el Fondo de Pensiones:

- Que el afiliado cumplió con los requisitos para acceder a la pensión.
- Que el afiliado dejó de cotizar al sistema.
- Que el afiliado solicita el reconocimiento de su pensión.

Sobre este puntual aspecto, en consideraciones de instancia, y que fueron reiteradas como consideraciones de casación, la Corte dijo:

«Además de las anteriores consideraciones debe precisar la Corte que si bien es cierto el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, y que por regla general el acto de desafiliación le compete reportarlo al empleador, también lo es que la jurisprudencia de manera excepcional ha considerado que ante la falta de reporte de dicha novedad, ésta puede inferirse de las circunstancias que rodean cada caso en particular, como en el presente, donde el actor además de satisfacer los requisitos previstos en el artículo 12 del referido

acuerdo esto es, haber cumplido 60 años de edad el 6 de septiembre de 2002 y tener en su haber más de 1.000 semanas cotizadas, concretamente 1.219, dejó de cotizar al sistema general pensiones el 1º de mayo de 2004, circunstancias que conducen razonablemente a deducir que desde ese día se produjo su desafiliación del sistema, y por ende desde el día siguiente era posible el disfrute de la pensión, es decir, desde el 2 de mayo de 2004».

Acorde con la doctrina probable hilada por nuestro órgano de cierre, es dable concluir, que si bien es cierto, el reporte de novedad de retiro, es el requisito procedente para acreditar la desafiliación del sistema, existen particularidades como las ya descritas, las cuales, deben ser tenidas en cuenta por los Jueces Laborales en el ejercicio de su labor, para desentrañar «el marco axiológico del ordenamiento jurídico», y proveer al justiciable soluciones que son igualmente válidas, pues en todo caso, la aplicación de la disposiciones deben ajustarse a las circunstancias particulares de cada caso.

En el caso objeto de estudio, se observa que según las resoluciones GNR 34003 del 7 de febrero de 2014, GNR 214855 del 12 de junio de 2014 VPB No. 28182 del 27 de marzo de 2015, Colpensiones negó el derecho pensional reclamado, aduciendo que el actor no acreditaba los requisitos exigidos por el Decreto 2090 del 2003.

Así las cosas, se advierte que el artículo 3º del citado, determina que tienen derecho a la pensión de vejez por alto riesgo, quienes efectúen la cotización especial por lo menos durante 700 semanas, continuas o discontinuas, siempre y cuando conforme lo determina el artículo 4º de la citada regulación cumplan los 55 años de edad y hubieren cotizado el número de semanas exigido por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003. En caso de cumplir con los requisitos anteriores, la edad se disminuirá en 1 año por cada 60 semanas en cotización especial.

De conformidad con la citada norma aplicable, se concluye que para el momento en que el demandante solicitó la prestación, el 19 de septiembre de 2013, no tenía reunido el requisito de la edad, pues conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 34, nació el 12 de abril de 2013, lo que conlleva a establecer que sólo tenía 50 años de edad, aunado al hecho de que para ese momento tampoco había aportado la certificación de todo el tiempo laborado para CRISTALERÍA PELDAR S.A. y que estaba compelido a la exposición de altas temperaturas, lo cual sólo vino a ocurrir el 23 de febrero de 2016, tal como da cuenta la comunicación de esa empresa vista a folio 30. En tal sentido, conforme lo determinó la entidad accionada en los citados actos administrativos que negaron la prestación, el actor no tenía reunida la totalidad de requisitos exigidos por el Decreto 2090 de 2003, especialmente la edad para exigir la prestación (55 años que cumplió en el año 2018).



Por lo tanto, no es cierto que haya continuado cotizando por error inducido por causa o culpa de la entidad accionada; incluso observa la Sala que para la data en que se le reconoció la pensión especial tampoco tenía la edad de 55 años, empero ello no es objeto de debate en la presente causa; en esa medida, es claro que no hay lugar a modificar la fecha de disfrute que otorgó COLPENSIONES, a corte de nómina, el 1° de junio de 2016, pues incluso la novedad de retiro se reportó para el periodo 2016-08. Así las cosas, no hay lugar modificar la prestación conforme fue reconocida por la entidad accionada y por ello, se confirmará la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

Ahora bien, en cuanto al reajuste ordenado en primer grado, objeto de apelación y consulta en favor de COLPENSIONES, se advirtiere que dicha prestación debe ser calculada de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, con la fórmula decreciente que da lugar a la tasa de remplazo, procediéndose a realizar los cálculos aritméticos del caso, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años, aplicando como tasa de remplazo 67.69%, aspectos que no son objeto de debate, arrojando lo siguiente:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SB C	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEXADO	IBL
DESDE	HASTA							
01/06/2006	30/06/2006	\$ 4.668.000	1	84,100000	126,149450	30	7.001.969	\$58.349,75
01/07/2006	31/07/2006	\$ 2.471.000	1	84,100000	126,149450	30	3.706.484	\$ 30.887,37
01/08/2006	31/08/2006	\$ 2.378.000	1	84,100000	126,149450	30	3.566.984	\$ 29.724,87
01/09/2006	30/09/2006	\$ 2.430.000	1	84,100000	126,149450	30	3.644.984	\$ 30.374,87
01/10/2006	31/10/2006	\$ 2.214.000	1	84,100000	126,149450	30	3.320.986	\$ 27.674,88
01/11/2006	30/11/2006	\$ 8.311.000	1	84,100000	126,149450	30	12.466.446	\$ 103.887,05
01/12/2006	31/12/2006	\$ 5.837.000	1	84,100000	126,149450	30	8.755.462	\$ 72.962,18
01/01/2007	31/01/2007	\$ 2.858.000	1	87,870000	126,149450	30	4.103.051	\$ 34.192,10
01/02/2007	28/02/2007	\$ 2.306.000	1	87,870000	126,149450	30	3.310.580	\$ 27.588,16
01/03/2007	31/03/2007	\$ 2.485.000	1	87,870000	126,149450	30	3.567.559	\$ 29.729,66
01/04/2007	30/04/2007	\$ 2.486.000	1	87,870000	126,149450	30	3.568.994	\$ 29.741,62
01/05/2007	31/05/2007	\$ 2.600.000	1	87,870000	126,149450	30	3.732.657	\$ 31.105,47
01/06/2007	30/06/2007	\$ 4.666.000	1	87,870000	126,149450	30	6.698.684	\$ 55.822,36
01/07/2007	31/07/2007	\$ 2.449.000	1	87,870000	126,149450	30	3.515.876	\$ 29.298,96
01/08/2007	31/08/2007	\$ 2.674.000	1	87,870000	126,149450	30	3.838.894	\$ 31.990,78
01/09/2007	30/09/2007	\$ 2.256.000	1	87,870000	126,149450	30	3.238.798	\$ 26.989,98
01/10/2007	31/10/2007	\$ 6.875.000	1	87,870000	126,149450	30	9.870.006	\$ 82.250,05
01/11/2007	30/11/2007	\$ 5.390.000	1	87,870000	126,149450	30	7.738.085	\$ 64.484,04

01/12/2007	31/12/2007	\$ 6.342.000	1	87,870000	126,149450	30	9.104.812	\$ 75.873,43
01/01/2008	31/01/2008	\$ 2.892.000	1	92,870000	126,149450	30	3.928.332	\$ 32.736,10
01/02/2008	29/02/2008	\$ 2.621.000	1	92,870000	126,149450	30	3.560.221	\$ 29.668,51
01/03/2008	31/03/2008	\$ 2.667.000	1	92,870000	126,149450	30	3.622.705	\$ 30.189,21
01/04/2008	30/04/2008	\$ 2.583.000	1	92,870000	126,149450	30	3.508.604	\$ 29.238,36
01/05/2008	31/05/2008	\$ 2.797.000	1	92,870000	126,149450	30	3.799.289	\$ 31.660,75
01/06/2008	30/06/2008	\$ 5.018.000	1	92,870000	126,149450	30	6.816.173	\$ 56.801,44
01/07/2008	31/07/2008	\$ 2.652.000	1	92,870000	126,149450	30	3.602.330	\$ 30.019,41
01/08/2008	31/08/2008	\$ 2.773.000	1	92,870000	126,149450	30	3.766.689	\$ 31.389,08
01/09/2008	30/09/2008	\$ 2.608.000	1	92,870000	126,149450	30	3.542.562	\$ 29.521,35
01/10/2008	31/10/2008	\$ 2.771.000	1	92,870000	126,149450	30	3.763.972	\$ 31.366,44
01/11/2008	30/11/2008	\$ 9.320.000	1	92,870000	126,149450	30	12.659.770	\$ 105.498,09
01/12/2008	31/12/2008	\$ 6.645.000	1	92,870000	126,149450	30	9.026.199	\$ 75.218,32
01/01/2009	31/01/2009	\$ 3.612.000	1	100,000000	126,149450	30	4.556.518	\$ 37.970,98
01/02/2009	28/02/2009	\$ 2.697.000	1	100,000000	126,149450	30	3.402.251	\$ 28.352,09
01/03/2009	31/03/2009	\$ 2.596.000	1	100,000000	126,149450	30	3.274.840	\$ 27.290,33
01/04/2009	30/04/2009	\$ 3.134.000	1	100,000000	126,149450	30	3.953.524	\$ 32.946,03
01/05/2009	31/05/2009	\$ 2.858.000	1	100,000000	126,149450	30	3.605.351	\$ 30.044,59
01/06/2009	30/06/2009	\$ 5.473.000	1	100,000000	126,149450	30	6.904.159	\$ 57.534,66
01/07/2009	31/07/2009	\$ 3.355.000	1	100,000000	126,149450	30	4.232.314	\$ 35.269,28
01/08/2009	31/08/2009	\$ 3.026.000	1	100,000000	126,149450	30	3.817.282	\$ 31.810,69
01/09/2009	30/09/2009	\$ 2.697.000	1	100,000000	126,149450	30	3.402.251	\$ 28.352,09
01/10/2009	31/10/2009	\$ 2.993.000	1	100,000000	126,149450	30	3.775.653	\$ 31.463,78
01/11/2009	30/11/2009	\$ 8.422.000	1	100,000000	126,149450	30	10.624.307	\$ 88.535,89
01/12/2009	31/12/2009	\$ 6.839.000	1	100,000000	126,149450	30	8.627.361	\$ 71.894,67
01/01/2010	31/01/2010	\$ 3.654.000	1	102,000000	126,149450	30	4.519.119	\$ 37.659,32
01/02/2010	28/02/2010	\$ 2.748.000	1	102,000000	126,149450	30	3.398.615	\$ 28.321,79
01/03/2010	31/03/2010	\$ 3.021.000	1	102,000000	126,149450	30	3.736.250	\$ 31.135,42
01/04/2010	30/04/2010	\$ 3.273.000	1	102,000000	126,149450	30	4.047.913	\$ 33.732,61
01/05/2010	31/05/2010	\$ 3.166.000	1	102,000000	126,149450	30	3.915.580	\$ 32.629,83
01/06/2010	30/06/2010	\$ 5.743.000	1	102,000000	126,149450	30	7.102.709	\$ 59.189,24
01/07/2010	31/07/2010	\$ 3.256.000	1	102,000000	126,149450	30	4.026.888	\$ 33.557,40
01/08/2010	31/08/2010	\$ 3.320.000	1	102,000000	126,149450	30	4.106.041	\$ 34.217,01
01/09/2010	30/09/2010	\$ 2.818.000	1	102,000000	126,149450	30	3.485.188	\$ 29.043,23
01/10/2010	31/10/2010	\$ 3.160.000	1	102,000000	126,149450	30	3.908.159	\$ 32.568,00
01/11/2010	30/11/2010	\$ 8.949.000	1	102,000000	126,149450	30	11.067.759	\$ 92.231,33
01/12/2010	31/12/2010	\$ 7.141.000	1	102,000000	126,149450	30	8.831.698	\$ 73.597,49
01/01/2011	31/01/2011	\$ 3.774.000	1	105,240000	126,149450	30	4.523.831	\$ 37.698,60

01/02/2011	28/02/2011 1	\$ 3.059.000	1	105,240000	126,149450	30	3.666.773	\$ 30.556,44
01/03/2011	31/03/2011 1	\$ 2.881.000	1	105,240000	126,149450	30	3.453.407	\$ 28.778,39
01/04/2011	30/04/2011 1	\$ 3.532.000	1	105,240000	126,149450	30	4.233.750	\$ 35.281,25
01/05/2011	31/05/2011 1	\$ 2.839.000	1	105,240000	126,149450	30	3.403.062	\$ 28.358,85
01/06/2011	30/06/2011 1	\$ 5.898.000	1	105,240000	126,149450	30	7.069.835	\$ 58.915,29
01/07/2011	31/07/2011 1	\$ 3.545.000	1	105,240000	126,149450	30	4.249.333	\$ 35.411,11
01/08/2011	31/08/2011 1	\$ 2.875.000	1	105,240000	126,149450	30	3.446.215	\$ 28.718,46
01/09/2011	30/09/2011 1	\$ 3.075.000	1	105,240000	126,149450	30	3.685.952	\$ 30.716,26
01/10/2011	31/10/2011 1	\$ 3.254.000	1	105,240000	126,149450	30	3.900.516	\$ 32.504,30
01/11/2011	30/11/2011 1	\$ 11.186.000	1	105,240000	126,149450	30	13.408.473	\$ 111.737,28
01/12/2011	31/12/2011 1	\$ 7.466.000	1	105,240000	126,149450	30	8.949.371	\$ 74.578,09
01/01/2012	31/01/2012 2	\$ 3.004.000	1	109,160000	126,149450	30	3.471.537	\$ 28.929,47
01/02/2012	29/02/2012 2	\$ 2.968.000	1	109,160000	126,149450	30	3.429.934	\$ 28.582,78
01/03/2012	31/03/2012 2	\$ 3.332.000	1	109,160000	126,149450	30	3.850.586	\$ 32.088,22
01/04/2012	30/04/2012 2	\$ 3.335.000	1	109,160000	126,149450	30	3.854.053	\$ 32.117,11
01/05/2012	31/05/2012 2	\$ 3.096.000	1	109,160000	126,149450	30	3.577.855	\$ 29.815,46
01/06/2012	30/06/2012 2	\$ 6.475.000	1	109,160000	126,149450	30	7.482.756	\$ 62.356,30
01/07/2012	31/07/2012 2	\$ 3.237.000	1	109,160000	126,149450	30	3.740.800	\$ 31.173,34
01/08/2012	31/08/2012 2	\$ 3.456.000	1	109,160000	126,149450	30	3.993.885	\$ 33.282,38
01/09/2012	30/09/2012 2	\$ 3.385.000	1	109,160000	126,149450	30	3.911.835	\$ 32.598,62
01/10/2012	31/10/2012 2	\$ 3.284.000	1	109,160000	126,149450	30	3.795.115	\$ 31.625,96
01/11/2012	30/11/2012 2	\$ 3.269.000	1	109,160000	126,149450	30	3.777.781	\$ 31.481,51
01/12/2012	31/12/2012 2	\$ 13.972.000	1	109,160000	126,149450	30	16.146.575	\$ 134.554,79
01/01/2013	31/01/2013 3	\$ 4.273.000	1	111,820000	126,149450	30	4.820.574	\$ 40.171,45
01/02/2013	28/02/2013 3	\$ 3.197.000	1	111,820000	126,149450	30	3.606.687	\$ 30.055,73
01/03/2013	31/03/2013 3	\$ 3.355.000	1	111,820000	126,149450	30	3.784.935	\$ 31.541,12
01/04/2013	30/04/2013 3	\$ 3.627.000	1	111,820000	126,149450	30	4.091.791	\$ 34.098,26
01/05/2013	31/05/2013 3	\$ 3.619.000	1	111,820000	126,149450	30	4.082.766	\$ 34.023,05
01/06/2013	30/06/2013 3	\$ 6.643.000	1	111,820000	126,149450	30	7.494.284	\$ 62.452,36
01/07/2013	31/07/2013 3	\$ 3.466.000	1	111,820000	126,149450	30	3.910.159	\$ 32.584,66
01/08/2013	31/08/2013 3	\$ 3.255.000	1	111,820000	126,149450	30	3.672.120	\$ 30.601,00
01/09/2013	30/09/2013 3	\$ 3.567.000	1	111,820000	126,149450	30	4.024.102	\$ 33.534,18
01/10/2013	31/10/2013 3	\$ 3.426.000	1	111,820000	126,149450	30	3.865.033	\$ 32.208,61
01/11/2013	30/11/2013 3	\$ 10.474.000	1	111,820000	126,149450	30	11.816.217	\$ 98.468,47
01/12/2013	31/12/2013 3	\$ 8.237.000	1	111,820000	126,149450	30	9.292.551	\$ 77.437,92
01/01/2014	31/01/2014 4	\$ 4.073.000	1	113,982540	126,149450	30	4.507.767	\$ 37.564,72
01/02/2014	28/02/2014 4	\$ 3.306.000	1	113,982540	126,149450	30	3.658.894	\$ 30.490,79
01/03/2014	31/03/2014 4	\$ 3.235.000	1	113,982540	126,149450	30	3.580.316	\$ 29.835,96

01/04/2014	30/04/2014	\$ 3.857.000	1	113,982540	126,149450	30	4.268.710	\$ 35.572,58
01/05/2014	31/05/2014	\$ 3.471.000	1	113,982540	126,149450	30	3.841.507	\$ 32.012,56
01/06/2014	30/06/2014	\$ 7.017.000	1	113,982540	126,149450	30	7.766.020	\$ 64.716,83
01/07/2014	31/07/2014	\$ 3.565.000	1	113,982540	126,149450	30	3.945.541	\$ 32.879,51
01/08/2014	31/08/2014	\$ 3.919.000	1	113,982540	126,149450	30	4.337.328	\$ 36.144,40
01/09/2014	30/09/2014	\$ 3.292.000	1	113,982540	126,149450	30	3.643.400	\$ 30.361,67
01/10/2014	31/10/2014	\$ 3.471.000	1	113,982540	126,149450	30	3.841.507	\$ 32.012,56
01/11/2014	30/11/2014	\$ 4.061.000	1	113,982540	126,149450	30	4.494.486	\$ 37.454,05
01/12/2014	31/12/2014	\$ 15.400.000	1	113,982540	126,149450	30	17.043.852	\$ 142.032,10
01/01/2015	31/01/2015	\$ 3.502.000	1	118,151660	126,149450	30	3.739.053	\$ 31.158,78
01/02/2015	28/02/2015	\$ 3.229.000	1	118,151660	126,149450	30	3.447.574	\$ 28.729,78
01/03/2015	31/03/2015	\$ 3.911.000	1	118,151660	126,149450	30	4.175.739	\$ 34.797,83
01/04/2015	30/04/2015	\$ 3.800.000	1	118,151660	126,149450	30	4.057.225	\$ 33.810,21
01/05/2015	31/05/2015	\$ 3.518.000	1	118,151660	126,149450	30	3.756.137	\$ 31.301,14
01/06/2015	30/06/2015	\$ 7.330.000	1	118,151660	126,149450	30	7.826.174	\$ 65.218,12
01/07/2015	31/07/2015	\$ 3.392.000	1	118,151660	126,149450	30	3.621.607	\$ 30.180,06
01/08/2015	31/08/2015	\$ 4.506.000	1	118,151660	126,149450	30	4.811.015	\$ 40.091,79
01/09/2015	30/09/2015	\$ 3.552.000	1	118,151660	126,149450	30	3.792.438	\$ 31.603,65
01/10/2015	31/10/2015	\$ 3.827.000	1	118,151660	126,149450	30	4.086.053	\$ 34.050,44
01/11/2015	30/11/2015	\$ 11.569.000	1	118,151660	126,149450	30	12.352.116	\$ 102.934,30
01/12/2015	31/12/2015	\$ 8.831.000	1	118,151660	126,149450	30	9.428.778	\$ 78.573,15
01/01/2016	31/01/2016	\$ 5.144.000	1	126,149450	126,149450	30	5.144.000	\$ 42.866,67
01/02/2016	29/02/2016	\$ 3.879.000	1	126,149450	126,149450	30	3.879.000	\$ 32.325,00
01/03/2016	31/03/2016	\$ 3.511.000	1	126,149450	126,149450	30	3.511.000	\$ 29.258,33
01/04/2016	30/04/2016	\$ 4.124.000	1	126,149450	126,149450	30	4.124.000	\$ 34.366,67
01/05/2016	31/05/2016	\$ 4.004.000	1	126,149450	126,149450	30	4.004.000	\$ 33.366,67
TOTAL, SEMANAS						3.600		
IBL ACTUALIZADO								5.240.329,79
TASA DE REEMPLAZO	67,69%						PENSION	3.547.179,23
SALARIO MÍNIMO	2.016						PENSIÓN MÍNIMA 2016	515.000,00

Como puede verse, el IBL resulta inferior el calculado tanto por COLPENSIONES como por el A quo, de modo que el valor de la prestación es inferior (\$3.547.179,23), lo que impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia, que determinó el monto inicial de la pensión en \$3.613.659.12, de tal manera que nada se le adeuda al hoy accionante por parte de COLPENSIONES.

Por los argumentos expuestos considera esta Corporación que la decisión de primer grado no se encuentra ajustada a derecho, y por tal razón será revocada. Así se

decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

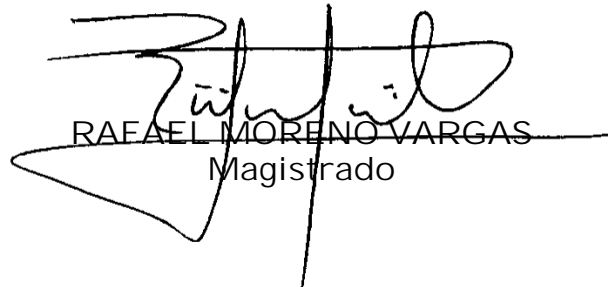
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia, corren a cargo de la parte actora.

La Decisión queda notificada en ESTRADOS.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LIGIA PLATA PEÑA  
contra COLPENSIONES Y OTRO Rad. 110013105-010-2018-00460-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente providencia:

OBJETO DE LA AUDIENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora LIGIA PLATA PEÑA, pretende se declare la nulidad de su traslado con la AFP PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se trasladen todos sus aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES; en consecuencia, se condene PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, junto con sus rendimientos; que COLPENSIONES active su afiliación en el RPMPD, acepte y reciba el traslado de todos sus aportes; lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 3 de julio de 1961, que en la actualidad tiene 56 años de edad, que se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 02 de mayo de 1983, que se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 1º de diciembre de 1996, que al momento de su traslado solo se le informó sobre las ventajas de su traslado, sin indicar las desventajas del mismo, omitiéndosele brindar una información adecuada y completa para acceder al cambio de régimen, aunado a ello, informó que en la actualidad se encuentra afiliada en PORVENIR S.A., finalmente manifestó que el 09 de marzo de 2018 radicó derechos de petición ante PORVENIR S.A. solicitando

información sobre su historia laboral y proyección de su mesada pensional; ante COLPENSIONES solicitando la declaratoria de su nulidad, la reactivación en el RPMPD y copia de su expediente administrativo, con respuestas negativas a la nulidad del traslado (Fls. 31 a 44).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones solicitando se absuelva de las mismas, para ello argumentó que el traslado realizado por la parte actora a BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 1º de diciembre de 1996 se efectuó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, y se presume plenamente válido, así mismo indicó que no obra prueba alguna que demuestre que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento al momento de suscribir el formulario de traslado; anotó que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de retornar al RPMPD por cuanto en la actualidad cuenta con 57 años de edad; y finalmente, sostuvo que en la eventual afiliación al RPMPD, los traslados de los aportes y la actualización de su historia laboral depende de la decisión favorable que se obtenga de la declaratoria de la nulidad de su afiliación en PORVENIR S.A. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción y caducidad»; «declaratoria de otras excepciones»; «cobro de lo no debido» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» (Fls. 56 a 60).

Por su parte la AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, para ello sostuvo que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y sobre la vigilancia y control que sobre ella ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que las reglas y condiciones en las que se realizó su vinculación no fueron caprichosas o abusivas, sino que obedecieron al resultado de las disposiciones que regulan el RAIS, tomando una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de su traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Manifestó además, que la actora además de la asesoría e información que recibió tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor comercial. Sumado a lo anterior, anotó que en lo referente al derecho de recibir información y asesoría que les asiste a los afiliados del RAIS, el mismo se dispuso con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y su decreto Reglamentario 2555 de 2010, no obstante, el deber de información se ordenó solo hasta la expedición de la Ley 1748 de

2014 y el Decreto 2071 de 2015. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción»; «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»; «buena fe»; «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo»; «enriquecimiento sin justa causa» e «innominada o genérica» (Fls. 90 a 98).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de agosto de 2020, declaró la ineficacia de la vinculación de la demandante a PORVENIR S.A. mediante la suscripción de afiliación realizada el 15 de octubre de 1996 a dicho fondo y por ende su traslado al RAIS y, en consecuencia, ordenó su regreso automático sin solución de continuidad al RPMPD; condenó a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante al RPMPD sin solución de continuidad; condenó a PORVENIR S.A. hacer entrega a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y así mismo realizar la devolución de los gastos y cuotas de administración para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES las cotizaciones, rendimientos y devoluciones de las cuotas y gastos de administración debidamente indexados corresponda a lo ordenado en la sentencia; condenó a COLPENSIONES a que una vez ingrese los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora provenientes de PORVENIR S.A., revise que la devolución se haya realizado en los términos ordenados y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de la demandante para efectos de pensión.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, precisó que conforme a lo establecido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el deber de información surgió con la expedición de la Ley 100 de 1993, y que el mismo está a cargo de las administradoras, razón por la cual, las AFP tienen la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria respecto de las características, condiciones, requisitos, accesos y servicios de cada uno de los regímenes especiales, con el fin de que el potencial afiliado tome una decisión informada y consciente, libre y voluntaria, así mismo señaló que la información que se suministra no puede ser incompleta, deficiente o sesgada, implicando así un análisis previo y calificado de los antecedentes que se tiene del posible afiliado y que debe de contar el asesor al momento de su afiliación. Resaltó que la suscripción de la firma en los formularios de afiliación y las expresiones pre impresas de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por probado el deber de información completo y suficiente, toda vez que, solo demuestra un consentimiento, pero no informado; aunado anotó, que con la re asesoría brindada por un AFP no se



sanea el incumplimiento del deber de información, toda vez que en su consideración el traslado al RAIS implica la pérdida de los beneficios derivados del régimen de transición y porque la oportunidad de información se ajusta es al momento del acto jurídico no con posterioridad. En tal sentido, sostuvo que en el caso bajo estudio no se logró demostrar el deber de información por el fondo accionado ni por confesión ni documentalmente, reiterando que la firma en el formulario de afiliación prueba el consentimiento pero no demuestra que el mismo fue informado, por lo anterior encontró ineficaz el traslado de la demandante el 15 de octubre de 1996 a PORVENIR S.A. y en consecuencia procedía su regreso automático sin solución de continuidad al RPMPD en COLPENSIONES.

### RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, señalando que la ineficacia declarada no procede de forma automática, toda vez que, resulta necesario que cada caso se estudie en particular, tal como lo advierte el Decreto 5912 del 13 marzo del 2020, por lo que resaltó, no se puede generalizar sí se tiene o no un derecho consolidado o beneficio transicional o sí se está o no por pensionarse dado que el deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto, estudiando cada solicitud, soportando su argumento en el hecho de que el legislador creó la libertad de elección de cada uno de los afiliados. Señaló que no es procedente declarar la ineficacia del traslado según lo dispone el artículo 71 de la Ley 100 de 1993, por no existir actos que impidan o atenten contra la voluntad de la demandante, toda vez que no se ha realizado ningún tipo de acto con dolo o intención de causar daño, señalando que en el presente caso no se alegó ni se demostró el dolo por parte del fondo, aduciendo, que la actora firmó de manera voluntaria y libre el formulario de afiliación. Mencionó que conforme a lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, se establecieron las obligaciones que deben de tener los consumidores financieros en el fondo de pensiones, donde se determina que los afiliados deben de emplear una adecuada atención y cuidado al momento de generar cierta toma de decisión respecto de su afiliación a cualquier tipo de administradoras de fondo, por lo que resaltó, no es lógico que la demandante señale su falta de información cuando también es su deber ser conocedora de su derecho pensional. De igual manera, argumentó que la solicitud de traslado de régimen se efectuó en el año 2018, encontrándose frente a la prohibición de traslado de régimen, finalmente anotó que no es procedente la devolución de los gastos de administración, toda vez que, de acuerdo al concepto 116 del 2020 se establece que las AFP no están en la obligación de generar el correspondiente traslado de los gastos de administración, lo anterior porque no incrementan una mesada pensional, porque son gastos operativos que se dieron para

generar el aumento de rendimientos financieros a favor de la demandante, de ahí que, restituirlos constituye un enriquecimiento sin justa causa. Por lo expuesto solicitó se analicen las circunstancias particulares del proceso y se revoque en su integridad el fallo.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos; PORVENIR S.A. en similares términos a los de alzada solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia. COLPENSIONES igualmente solicita se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Por su parte, la demandante guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para

adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 02 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 3 de julio de 1961 (fol. 2), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el 3 de julio de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 9 de marzo de 2018 (Fls. 8 y 9), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 421 semanas de cotización (fls. 10 a 12), equivalentes a doce (13) años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 15 de octubre de 1996 (Fls. 25 y 100), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A..

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese

informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fls. 25 y 100), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. esto no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 15 de octubre de 1996 (Fl. 25), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de

ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

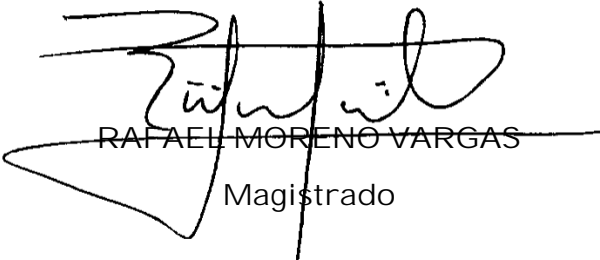
### RESUELVE

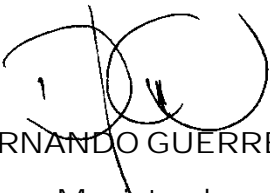
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

  
RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALBERTO TORRIJOS SANCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-009-2018-00544-01.

En la fecha, con la finalidad de surtir el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida 09 de septiembre de 2020 por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor ALBERTO TORRIJOS SANCHEZ promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por su compañera LUZ MARINA GARCIA DE TORRIJOS sobre su pensión de vejez, toda vez que depende de este, detalló que el incremento consagrado en el artículo 21 y 22 del decreto 758 de 1990, debe ser pagado desde la fecha en que lo pensionaron, así como de la respectiva retroactividad generada por tal incremento debidamente indexados.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que le fue reconocida pensión de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES a partir del día 28 de mayo de 2012, mediante Resolución No 19450 de 2012, afirmó que le fue aplicado el Acuerdo 049 de 1990 al estar cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no obstante el I.S.S no le ha reconocido ni pagado el incremento del 12% por su cónyuge la señora LUZ MARINA GARCIA DE TORRIJOS al cual se refiere el citado Acuerdo, toda vez que esta no recibe pensión, tampoco trabaja y por tanto depende económicamente de él, siendo beneficiaria del servicio de salud por parte de él. Informó que presentó derecho de petición

solicitando tal incremento pensional el día 18 de julio del año 2017, solicitud que fue negada. Concluyó que le asiste el derecho a solicitar los incrementos pensionales conforme al artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, toda vez que dicha disposición no fue derogada por la Ley 100 de 1993, ni por la Ley 712 de 2001 (fls. 67 a 76 y 82).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones como quiera que los incrementos pensionales fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que la causación del derecho a la pensión de vejez por parte del demandante fue con posterioridad al 01 de abril de 1994, se colige que no causó el derecho y resulta improcedente condena alguna por dicho concepto, de conformidad con la sentencia de unificación emitida por la Corte Constitucional SU 140 de 2019. Propuso como excepciones de mérito las de «buena fe de COLPENSIONES»; «prescripción»; «Cobro de lo no debido»; «falta de causa para pedir» «Inexistencia de los intereses moratorios», «Inexistencia del derecho reclamado», «Innominada o genérica» y «Compensación» (Fls. 92 a 97 y 99).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 09 de septiembre de 2020, absolvió a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el accionante, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la accionada.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró en síntesis, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que los incrementos pensionales conservan su vigencia para los pensionados por vejez e invalidez, debiendo considerarse como parte del RPMPD, ya sea por derecho propio o en virtud del régimen de transición. Manifestó que no acogía el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 del año 2019 en la que concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por ende, acogió la postura adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recordando que la diversidad de criterios jurídicos en la rama judicial por ningún motivo constituye un trato discriminatorio para las partes o una vulneración de derechos fundamentales. Preciso lo anterior, señaló que se demostró el vínculo matrimonial y la dependencia económica, especialmente con el testimonio de la esposa del demandante y con las declaraciones extrajuicio aportadas al expediente rendidas por



JOSÉ CASTRO TORRES y HECTOR MARIA HERNANDEZ VAQUERO, quienes afirmaron conocer a la pareja hace 20 y 40 años respectivamente y que comparten lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida; no obstante, señaló que el incremento por persona a cargo no hace parte integrante de la pensión y por ello está sujeto a la prescripción consagrada en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, sin embargo en sentencia SL-2711 del 2019 se precisó que si bien la facultad para reclamar el incremento surge del estatus de pensionado solo se consolida y subsiste una vez cumplidos los demás requisitos de la norma y es a partir de este último momento que se contabiliza el término prescriptivo de la acción para reclamarlo. En ese orden, refirió que al demandante se le reconoció pensión de vejez el 27 de junio de 2012 momento para el cual ya tenía cumplidos los requisitos para acceder al incremento pensional por cónyuge a cargo, en esa medida se encuentra que la reclamación administrativa se presentó el 18 de julio de 2019, y se interpuso la demanda el 04 de septiembre de 2018, por ello al haber transcurrido más de 3 años desde la consolidación del derecho y la presentación de la reclamación, se probó la excepción de prescripción.

#### RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicó que fue demostrado en el plenario con el testimonio de la señora LUZ MARINA y demás pruebas, que se puede verificar que la señora es una beneficiaria de la pensión de acuerdo al incremento de 14% (sic), ello implica que la pensión de vejez o invalidez reconocida conforme al régimen anterior, consagrado en el Acuerdo 049 de 1990 lo hace acreedor al incremento siempre y cuando se reúnan los requisitos del artículo 21, sin que sea posible aplicar el término de prescripción trienal a las peticiones que se presentan en torno a este reconocimiento, sólo se deben aplicar sobre las mesadas de acuerdo a la sentencia SU 310 de 2019.

#### SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Colpensiones presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora por su parte, guardó silencio.

#### PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste

derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar si este se encuentra prescrito.

### CONSIDERACIONES

El derecho a los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ, no desaparecieron de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueron reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución GNR 19450 del 28 de mayo de 2012 (fls. 19 a 21), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su cónyuge, la señora LUZ MARINA GARCIA DE TORRIJO

La condición de cónyuge de la antes citada, se acredita con el Acta de Matrimonio por el rito católico obrante a folio 18 del plenario, que da cuenta que el actor contrajo nupcias con la señora LUZ MARINA GARCIA DE TORRIJO, desde el dieciséis (16) mayo de 1971.

En cuanto a la dependencia económica de LUZ MARINA GARCIA DE TORRIJO respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso fue recibida la declaración de la misma quien manifestó que tiene 65 años, que se dedica a su hogar, que realizó estudios hasta quinto de primaria, que conoció al señor ALBERTO TORRIJOS y hace

49 años están casados, explicó que trabajó en ventas y servicios generales de 1975 hasta 1985, informó que para sufragar sus gastos le ayudan sus hijos dándole vestuario y su esposo le brinda los demás gastos, indicó que vive de la pensión de su esposo, agregó que viven en una casa de tres pisos, que vive solo con su esposo, manifestó que no tiene ningún ingreso adicional, que el señor TORRIJOS solventa todos los gastos, concluyó que se encuentra como beneficiaria de su esposo en el sistema de salud. Adicionalmente, se recibieron las declaraciones extra proceso rendidas ante notario de los señores JOSÉ NOE CASTRO TORRES y HECTOR MARÍA HERNÁNDEZ BAQUERO (FIs. 78 y 79), quienes al unísono mencionaron que conocían a la pareja TORRIJOS GARCÍA conviviendo desde hace 45 años bajo el vínculo del matrimonio compartiendo techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida y de cuya unión han procreado cuatro hijos; que la señora LUZ MARINA GARCÍA depende única y exclusivamente de los ingresos económicos de su señor esposo, ya que no goza de pensión, ni renta alguna, ni recibe ninguna clase de ingresos económicos.

Se concluye entonces que, a las declaraciones anteriores, se les puede asignar plena credibilidad en torno a la dependencia económica requerida para hacerse acreedor al incremento pensional.

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala, demás, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger

la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de haberse propuesto la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, cuando surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante, lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de in dubio pro operario, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos así los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 1 de agosto de 2012 a través de la Resolución No. 19450 del 28 de mayo de 2012, la cual le fue notificada el 10 de junio de 2012 (fl. 21 vto.), mientras que la reclamación administrativa fue efectuada ante Colpensiones el 10 de julio de 2017 (fl. 24) con la cual se pretendió interrumpir la prescripción sin éxito, es decir, con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, a pesar de que la demanda se presentó el 04 de septiembre de 2018 (Fl. 45), , es claro que en este asunto, aun con la aplicación

del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisonal y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, tal como lo determinó la juzgadora de primera instancia, que hay lugar a declarar probada la prescripción total y no la derogatoria orgánica del derecho reclamado, motivo por el cual no le asiste derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional y la reclamación administrativa del derecho, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen, puesta se interrumpe por una sola vez; y, en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

#### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL  
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JORGE ENRIQUE MORENO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-024-2019-00187-01.

Con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el art. 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ENRIQUE MORENO, pretende se declare que en su calidad de pensionado, tiene derecho al incremento legal del 14%, toda vez que, su compañera permanente depende económicamente de él y no disfruta de una pensión; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor el incremento legal del 14% y se liquide y pague a su favor desde la fecha en que adquirió el derecho a pensionarse, esto es, desde el 1º de septiembre de 2014; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que mediante Resolución VPB 15005 del 05 de septiembre de 2014 le concedieron pensión de vejez en cuantía de \$735.918, efectiva a partir del 1º de septiembre de 2014, así mismo informó que retornó al ISS hoy COLPENSIONES por el comité múltiple de vinculación en virtud del Decreto 3800 de 2003, que su prestación fue concedida conforme a lo regulado en el Decreto 758 de 1900, por ser beneficiario del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con el

Acto Legislativo 001 de 2005. Mencionó que lo único que no le fue aplicable fue la metodología para aplicar el monto del IBL, siendo determinado el monto de su mesada pensional con base en los salarios cotizados durante los últimos 10 años; que el 04 de septiembre de 2018, radicó solicitud ante COLPENSIONES de incremento del 14% de su mesada pensional, con respuesta del 11 de septiembre de 2018 donde se le informó que debía radicar formato de solicitud de prestaciones económicas, junto con los documentos requeridos, y que en cumplimiento de lo anterior radicó solicitud el 10 de noviembre de 2018, la cual fue negada (fls. 03 a 07).

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se absuelva de las mismas, y se condene en costas y agencias en derecho a la parte actora, para ello argumentó que a la parte actora se le reconoció su pensión de vejez mediante acto administrativo VPB 15005 del 05 de septiembre de 2014, en atención al régimen de transición consagrado en el Decreto 758 de 1990, manifestando que él mismo cumplió su status pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no le es aplicable el incremento pensional, toda vez que los mismos ya desaparecieron de la vida jurídica. Indicó que los incrementos pensionales no forman parte del núcleo esencial de la seguridad social en tanto no está relacionado con la dignidad de la persona alguna y por ende debe ceder ante la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, por ser esta la política diseñada para permitir que otras personas accedan a una pensión mínima. Para lo anterior, señaló lo establecido en la sentencia SU 140 de 2019. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de causa para pedir»; «inexistencia de la obligación»; «cobro de lo no debido»; «violación al principio constitucional de sostenibilidad financiera»; «prescripción» e «innominada o genérica» (fls. 58 a 63).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 17 de septiembre de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que con base en lo señalado en la sentencia con Rad. No. SU 140 de 2019, la Ley 100 de 1993 no contempló los incrementos pensionales por personas a cargo, por lo que con la entrada en vigencia de la normativa en cita quedaron derogados los mismos, por lo que en el caso de



autos informó a la parte demandante no le asiste derecho al reconocimiento del incremento de la prestación pensional por tener a cargo a su compañera a que refiere al artículo 21, literal B, del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que, dichos beneficios no se encontraban vigentes para la fecha de su reconocimiento pensional, al habersele reconocido la prestación como beneficiario del régimen de transición pero con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por tanto no tenía derecho a lo pretendido.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Colpensiones presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora por su parte, solicitó se revoque la decisión del A quo y se accede a las pretensiones elevadas en la demanda.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su compañera permanente a cargo, así como determinar si este se encuentra prescrito.

## CONSIDERACIONES

El derecho a los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desaparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueron reconocidos por virtud del régimen de transición,

por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución VPB No. 15005 del 05 de septiembre de 2014 (fls. 09 a 16), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su compañera permanente a cargo, la señora MARIA VICTORIA ROJAS LADINO.

De la condición de compañera permanente de la antes citada, se advierte que dentro del proceso fueron recaudadas las declaraciones de los señores JULIO ALBARRACIN y LINA MARISOL PACHON GUAMAN. Ésta última sostuvo que conoce a la pareja desde hace 10 años por medio de su esposo, pues el actor y su compañera son sus suegros y que ellos no se han separado, y son esposos hace 40 años; que el señor Jorge Enrique no trabaja, pues está pensionado, la señora María Victoria es Ama de casa, no tienen ningún oficio que le genere ingresos; que tiene 3 hijos, menores que su esposo y no le colaboran. Que ellos viven en Florida Blanca, en un apartamento arrendado por el demandante, quien asume el arriendo y como doña Victoria no trabaja ni sus otros hijos, por ejemplo Diana, el asume esos gastos; reiteró que allí viven don Jorge, María Victoria y su hija Diana Carolina, donde el señor Jorge asume todo; que la señora María Victoria está afiliada a COMPENSAR con su compañero porque ella no puede trabajar. Por su parte, el señor JULIO ALBARRACIN, quien dijo ser amigo de la pareja, mencionó conocer al actor hace aproximadamente hace 25 años. Que él vive actualmente con su hija y la esposa. La señora María victoria está dedicada en su casa, que ella no recibe ninguna mesada, las veces que hemos compartido ella ha estado en su casa pendiente. No sabe si tiene alguna herencia, carro, casa, no recibe ningún auxilio; que don Jorge responde por las cosas de la casa y no sabe si la hija Diana le colabore, pero sabe que don Jorge es quien responde por el hogar.

Así las cosas, de las anteriores declaraciones se evidencia la dependencia económica de la cónyuge respecto del actor, al asignársele plena credibilidad a sus dichos, por tratarse de testigos directos de los hechos afirmados, los cuales dan cuenta clara que la compañera permanente del demandante no realiza ninguna actividad productiva que le procure su sustento económico, aunado al hecho que depende del actor, de lo

que se concluye que, en principio, le asiste el derecho al reconocimiento del incremento pensional en los términos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala, demás, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de haberse propuesto la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, donde surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante, lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio

de in dubio pro operario, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 1 de septiembre de 2014 a través de Resolución VPB 15005 del 05 de septiembre de 2014, la cual le fue notificada el 05 de septiembre de 2014 (fl. 09), pero como la reclamación administrativa fue efectuada ante Colpensiones solo hasta el 04 de septiembre de 2018 (fl. 42), es decir con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, así la demanda solamente se haya presentado el 08 de marzo de 2019 (Fl. 50), es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, a diferencia de cómo lo determinó la juzgadora de primera instancia, que hay lugar a declarar probada la prescripción total y no la derogatoria orgánica del derecho reclamado, motivo por el cual no le asiste derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional y la reclamación del derecho y luego la presentación de la demanda, se superó el término trienal previsto por las normas sustantivas y adjetivas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación, pero por las precisas razones expuestas anteriormente.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

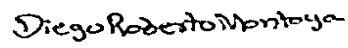
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

  
RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a vertical stroke, positioned above the printed name.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style, positioned above the printed name.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado OSCAR ALFONSO BARRERA PLATA contra COLPENSIONES y AFP PROTECCION S.A. Rad. 110013105-006-2019-00080-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandada contra de la sentencia proferida por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de septiembre del 2020. De igual modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor OSCAR ALFONSO BARRERA PLATA pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de vejez, en igual forma se ordene a PROTECCION S.A. trasladar las cotizaciones realizadas a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES a reconocerle pensión de vejez debidamente indexada desde el momento en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad, hasta que se haga efectivo, así como del pago de las sumas de dinero correspondientes al interés de mora acorde lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde la fecha en la que adquirió el derecho hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

Como fundamento de sus pretensiones informó en síntesis que, nació el 03 de octubre de 1955, que el 01 de marzo de 1995 estuvo afiliado y cotizando a la AFP PROTECCIÓN S.A. hasta el 30 de abril de 2018. Informó que tramitó ante la AFP PROTECCION S.A. el día 13 de julio de 2018 solicitud para realizar el traslado a COLPENSIONES, sin que

a la fecha de la presentación de la demanda, la entidad haya realizado pronunciamiento alguno frente a la misma. Explicó que el 23 de julio de 2018 tramitó petición ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO con el fin que se emita concepto que determine la viabilidad del traslado de PROTECCION S.A. a COLPENSIONES, frente a lo cual, mediante oficio del 14 de agosto de 2018 fue negada. El 30 de julio de 2018 solicitó al ISS hoy COLPENSIONES se registre como activo cotizante y se reciba el traslado de los portes a la AFP PROTECCION S.A. así como también se realicen los trámites necesarios para que se efectúe el traslado a COLPENSIONES en virtud de la sentencia SU-062 de 2010, reiterando la petición el 05 de diciembre de 2018, empero COLPENSIONES mediante oficio de la misma fecha negó la solicitud (Fls. 02 a 11).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, considerando que el demandante perdió el régimen de transición del que era beneficiario al trasladarse al RAIS y no es posible recuperarlo, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía 750 semanas cotizadas, de otra parte el demandante efectuó traslado a la AFP PROTECCION S.A y se encuentra debidamente afiliado a esta, pues no logra acreditar 15 años de servicio al 01 de abril de 1994, en igual medida, se opuso a que se ordene a PROTECCION S.A. trasladar las cotizaciones realizadas pues el demandante se encuentra debidamente afiliado a la misma, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento pensional conforme el RPMPD como tampoco al pago de intereses moratorios. Propuso como excepciones de merito, las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción», «innominada» y «buena fe» (Fls. 45 a 51).

Por su parte, la AFP PROTECCION, no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda, como quiera que estas están encaminadas contra COLPENSIONES, no obstante, se opuso a la solicitud del traslado ya el demandante no ha presentado formulario de afiliación ante COLPENSIONES y con el fin de que dicha administradora le requiera el traslado, lo cual no ha ocurrido, siendo ello un requisito legal para el traslado de régimen. Agregó que conforme a la historia laboral para bono pensional, el demandante cotizó al 1° de abril de 1994, un total de 867.43 semanas, de manera que contaría con el derecho a trasladarse de régimen en cualquier momento, con arreglo a las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-023 de 2008, reportando la historia laboral que COLPENSIONES realizó la devolución de saldos, situación que no puede verificar la AFP. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación de traslado de régimen», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls.69 a 72).



## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de septiembre del 2020, condenó a COLPENSIONES para que autorice el traslado del accionante al RPMPD, y a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad del ahorro efectuado por el accionante incluidos sus rendimientos; absolvió de las restantes pretensiones; declaró probada la excepción de petición «antes de tiempo», en relación con el reconocimiento de la pensión de vejez; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la parte accionada.

Para arribar a la anterior conclusión, argumentó que para el caso en concreto se debía aplicar la sentencia SU-062 de 2010, determinándose si por acreditar al 01 de abril de 1994 la condición de beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el actor contaba con más de 15 años de servicios cotizados, situación que permitía el traslado del accionante e cualquier tiempo del RAIS al RPMPD. En tal sentido, señaló que las personas con más de 15 años cotizados no perdían el régimen de transición y conforme a las pruebas del expediente el accionante realizó aportes al ISS desde el 06 de junio de 1974, se trasladó al RAIS administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN, el 10 de febrero de 1995, y al 31 de marzo de 1994 reportó 877.43 semanas cotizadas, es decir, una densidad superior a las 750 requeridas al 01 de abril de 1994 siendo beneficiario del régimen de transición y por ende había lugar a su traslado en cualquier tiempo en los términos de la aludida norma. Con relación a la pensión de vejez, advirtió que se configuraba la excepción de petición «antes de tiempo», ya que a su juicio, solo es posible solicitarse dicha prestación con la ejecutoria de la sentencia y con la materialización del traslado y pago efectivo de los aportes que traslade la AFP, aclarando que una vez de efectuó el traslado a COLPENSIONES y a efectos de decidir la pensión de vejez, le corresponde dirimir la compatibilidad o no, entre la pensión que percibe el accionante por el Magisterio y la que solicita bajo el régimen de transición. Señaló que no estaba probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada ya que la pensión de vejez en el régimen recuperado no prescribe.

## RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte accionada COLPENSIONES, apeló la decisión solicitó se revoque la sentencia proferida, teniendo en cuenta que al verificar el expediente administrativo e historia laboral del actor, se encuentra que éste al 1° de abril de 1994 contaba con menos de 750 cotizadas, no contaba con 15 años de servicios cotizados, razón por la cual no es aplicable la sentencia SU-062 de 2010, por tanto no es dable que se acceda al traslado al RPMPD.

El apoderado de la AFP PROTECCION S.A. presentó recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la decisión de primer grado, tras considerar que si bien es cierto conforme el historial de cotización señala que al 01 de abril de 1994 el demandante cotizó un total de 867.43 lo cierto es que también es beneficiario de una pensión de jubilación reconocida por FIDUCIARIA PREVISORA S.A. y esta es una prestación proveniente del Fondo de Prestaciones del Magisterio y se tiene que dentro de esas 867.43 semanas se encuentran cotizaciones realizadas por el demandante a la Secretaría de Educación de Cundinamarca desde el mes de octubre de 1977 hasta el 24 de abril de 1996, tiempo que no debe ser tenido en cuenta para efectos de determinar el régimen de transición del accionante, por cuanto, estas fueron realizadas a un régimen exceptuado, por ello no pueden validarse en el régimen general de pensiones y sólo pueden tenerse en cuenta las 491 semanas del bono pensional del expediente y por ello no tenía los 15 años de cotización al 01 de abril de 1994.

#### SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, pues el demandante no cuenta con 15 años de servicios y/o cotizaciones al 1° de abril de 1994, requisito indispensable para acceder al traslado conforme a la sentencia SU-062 de 2010. Así mismo, la parte actora solicitó se confirme la decisión de primer grado. PROTECCIÓN S.A. guardó silencio.

#### PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, si el demandante cuenta con los requisitos establecidos en las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010 para trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo.

#### CONSIDERACIONES

Preliminarmente, ha de precisarse que se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso que el señor OSCAR ALFONSO BARRERA, estuvo inicialmente afiliado al régimen de prima media administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones desde el 05 de junio de 1974 hasta el mes de marzo de 1995, tal y como se advierte del reporte de semanas de cotización obrante a folios 33 y 97 a 99; de igual forma, es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual el 10 de febrero de 1995 a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN, y luego de varios traslados entre administradoras de este régimen

pensional, se encuentra actualmente afiliado a la AFP PROTECCIÓN S.A., desde el 31 de diciembre de 2012, situación que se corrobora con el formulario de afiliación visible a folios 100 y el historial de vinculaciones SIAFP. Aunado a lo anterior, tampoco surgió reparo alguno en cuanto a que el demandante nació 03 de octubre de 1955 (fl. 36).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, que a voces de lo dispuesto por el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, todos los afiliados al Sistema General de Pensiones, tienen derecho a efectuar traslado entre regímenes, siempre y cuando cumplan con los requisitos de permanencia y temporalidad de la solicitud respectiva, de la siguiente forma:

«e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...»

Lo anterior, en palabras simples y puntuales, traduce en que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se establece la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002, donde la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del aparte del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece la regla sobre la pérdida del régimen de transición, cuando el afiliado se traslada al régimen de ahorro individual y retorna posteriormente al de prima media con prestación definida, determinó su exequibilidad condicionada, en el entendido que tales disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993.

En términos semejantes se pronunció esa máxima corporación en Sentencia C-1024 de 2004, al declarar condicionadamente exequible el aparte del art. 2º de la Ley 797 de 2003, que establecía que pasado un año de vigencia de tal disposición «el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez», bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media

con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-0789 de 2002.

Asimismo, en la sentencia SU-130-2013, se recordó e insistió, en lo siguiente:

«Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquel régimen» (resaltado y subrayas de la Sala).

Este criterio es también compartido por la jurisprudencia laboral como puede verse, entre otras, en sentencias CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 42555, CSJ SL563-2013, CSJ SL17388-2017, CSJ SL1342-2018, CSJ SL4314-2018, CSJ SL696-2019, CSJ SL2609-2019, SL5555-2019, CSJ SL3053-2020, CSJ SL3223-2020, CSJ SL2350-2020.

De acuerdo con los lineamientos anteriores, podemos decir que se pierde el régimen de transición por traslado al régimen de ahorro individual, aun cuando se regrese al de prima media, con excepción de aquellas personas que a la entrada en vigencia del sistema tenían 15 o más años de servicios o cotizaciones, quienes conservan el régimen de transición, luego de su retorno.

Así las cosas, conforme con la documental obrante a folio 98 del plenario elaborada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, encuentra esta Sala que se acredita a 1° de abril de 1994 un total de 867.43 semanas, equivalentes a 16 años, 7 mes y 15 días, con lo cual, contaba con el requisito establecido en la jurisprudencia Constitucional y Laboral a fin de ser posible su traslado al régimen de prima media con prestación definida conservando el régimen de transición, esto es, por tener 15 años o más de servicios cotizados, siendo evidente para esta Colegiatura que el demandante cumplió con ese mínimo de semanas, dando lugar a los efectos jurídicos de la modulación de la constitucionalidad de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, estima la accionada PROTECCIÓN S.A. que no puede tenerse en cuenta el tiempo de servicios laborado a la Secretaría de Educación de Cundinamarca, como docente, porque pertenece a un régimen exceptuado, argumento que, por demás,

resulta claramente contradictorio con lo expuesto en la contestación a la demanda. Frente a ello debe decirse que no tiene asidero en la medida que, tal como se indicó en el sentencia C-596 de 1997, «el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que es la norma especial que regula la pensión de vejez de las personas que al entrar en vigencia el nuevo Sistema de Seguridad Integral tenían 35 o más años, si se trataba de mujeres, o 40 o más años, si se trataba de hombres, expresamente menciona que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de tales personas, se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio».

Asimismo, en reciente jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 70918 CSJ SL1947-2020, estableció que en los términos del «literal f) del artículo 13 y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993» para el reconocimiento de las pensiones debe tenerse en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. Asimismo, el párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas, lo anterior, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tienen soporte en el trabajo efectivamente realizado, esto teniendo en cuenta que «durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano».

Lo anterior, para significar que, si es posible tal sumatoria para el reconocimiento de pensiones, con mayor razón debe tenerse en cuenta para determinar si se es beneficiario o no del régimen transición, máxime, cuando ese tiempo laborado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 constituía apenas una expectativa pensional, independientemente a que, con posterioridad, en el régimen pensional al que pertenecía le reconociera o no la prestación.

En ese orden de ideas, debe avalarse el traslado de régimen pensional que es lo único que en esta instancia se discute, por lo que, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MIGUEL CORTES PEDRAZA contra INDUSTRIAS REAL S.A. Rad. 110013105-035-2018-00610-02.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

El señor MIGUEL CORTES PEDRAZA, pretende se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con INDUSTRIAS REAL S.A., cuyos extremos laborales fueron del 10 de enero de 1995 al 15 de diciembre de 2016; que la terminación del contrato a término indefinido se configuró por despido indirecto, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a cancelar la indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria por no pago de la misma e intereses por no pago de cesantías en el tiempo establecido por la ley, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que firmó contrato a término indefinido el 10 de enero de 1995 con INDUSTRIAS REAL S.A., en el cual se acordó que desarrollaría la función de operario de planta, cuyo salario inicial fue de \$121.020 y finalizó con un salario mensual de \$1.100.000 siendo cancelados de manera quincenal y en efectivo, con un horario de turnos rotativos de 6:00 P.M. a 10:00 P.M. y de 10:00 P.M. a 6:00 A.M. Así mismo anotó que la demandada no le ha cancelado las cargas sociales que la ley prescribe; declaró que el señor JAIRO SERRANO durante toda su relación laboral lo hostigó, recibiendo ultrajes y palabras soeces, hechos que se pusieron en conocimiento de JHOANA ACOSTA jefe de talento humano mediante

escritos del 28 de julio de 2016 y el 12 de octubre de 2016, por lo anterior, concluyó se vio obligado a presentar su carta de renuncia motivada como consecuencia del acoso laboral del que fue víctima, constituyéndose un despido indirecto, acusó que se le debe la indemnización por los años laborados y los intereses moratorios por no pago de las cesantías y fue traslado de AFP PORVENIR S.A. a COLFONDOS sin autorización escrita (fls.3 a 10, 63 a 73).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada INDUSTRIAL REAL S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demanda contiene hechos que indican en su totalidad que el despido indirecto ocurrió por hechos constitutivos de acoso laboral, que son hechos propios que merecen ser planteados bajo el trámite de un proceso especial de acoso laboral y no dentro de un proceso ordinario laboral, así mismo enfatizó que la renuncia presentada fue voluntaria y no se deduce ni se demuestra justa causa atribuible a su empleador diferente a supuestos actos de acoso laboral. En cuanto al pago de las cesantías explicó que desde la celebración del contrato ha cumplido con todas sus obligaciones como empleador y en materia de seguridad social, así mismo, puntualizó que el retardo en el pago de un solo periodo durante la vigencia de su vínculo laboral no puede ser tenido como incumplimiento sistemático, actuando siempre de buena fe, finalmente externó que frente al traslado de fondo de cesantías no existe prueba alguna que demuestra que fue la compañía quien lo afilió a COLPENSIONES S.A. al tiempo que estaba vinculado con PORVENIR S.A. siendo pagadas las cesantías a este último fondo. Propuso como excepción previa la de «habérsele dado un trámite diferente al que corresponde e ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones», «caducidad»; y como excepciones de mérito las de «renuncia voluntaria del demandante e inexistencia de justa causa atribuible a su empleador », «pago y cobro de lo no debido», «improcedencia de fuero por acoso laboral», «caducidad», «buena fe e improcedencia de la indemnización moratoria», «no se prueba supuestos de hechos que soporten las pretensiones» y «prescripción» (fls.77 a 91).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 3 de agosto de 2020 condenó a la demandada a pagar a favor del demandante la suma de \$16.448.666 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, por la configuración del despido indirecto; absolvió a la demandada de las demás pretensiones; declaró probadas parcialmente las excepciones de buena fe de la empresa e improcedencia de la indemnización moratoria y cobro de lo no debido; condenó en costas a la demandada.



Para arribar a tal conclusión, en síntesis, refirió que no existía controversia respecto del vínculo que sostuvieron las partes; en cuanto a la terminación del vínculo laboral y la indemnización por despido sin justa causa, anotó que los motivos que sostiene el demandante para terminar la relación laboral se consignan en la carta de renuncia donde manifestó que fueron la falta de dotación, que el auxilio de cesantías del año 2014 solo fue consignado en el mes de septiembre de 2015, que el auxilio de cesantías del año 2015 se consignó en un fondo de cesantías diferente al que estaba afiliado, y que fue víctima de acoso laboral. En ese orden, externó en lo que concierne al primer motivo, esto es falta de dotación, que mediante acta de entrega de la dotación de los años 2013 a 2016, aparecía la firma del accionante como constancia de entrega de los mismos, razón por la cual, se desvirtuó esta causal invocada. En cuanto al segundo motivo, adujo que, mediante derecho de petición del 26 de julio de 2016, el actor requirió la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 del 1990, advirtiendo el a quo que mediante respuesta dada por la accionada, se le indicó que el motivo del retardo de la consignación de las cesantías fue por el proceso de reorganización que la empresa estaba atravesando, y dicha circunstancia, subrayó el juzgador se encontraba probada, por lo que aseveró que esta causal invocada no resultaba acertada. Frente a la tercera razón esto es que, el auxilio de cesantías del año 2015 se consignó en un fondo de cesantías diferente al que encontraba afiliado, argumentó que el demandante no allegó ningún medio probatorio suficiente para acreditar dicha situación, por lo que, consideró que con la misma no era suficiente para que se configurase el despido indirecto. Finalmente, señaló ante la cuarta razón esgrimida, la de que él demandante en múltiples ocasiones fue objeto de acoso laboral, aseveró que las conductas alegadas fueron corroboradas por el testigo JHON JAIRO TABORDA quien declaró ser testigo de los actos hostiles de acoso sufridos por el actor, lo cual no fue desvirtuado, contrario sensu, la demandada con su omisión de no dar trámite a las quejas presentadas por el demandante, permitió dicha actuación; de este modo, se probó el despido indirecto por la parte actora, por lo que el empleador debía cancelar la indemnización por despido sin justa causa.

En cuanto al reclamo de la sanción del artículo 65 CST y la sanción del artículo 99 de la Ley 50 del 1990, arguyó que estas no son de aplicación automática debiéndose demostrar la mala fe del empleador de no cumplir con sus deberes legales frente a sus trabajadores, y como esto no se logró corroborar, no prosperaban dichas pretensiones, así mismo redondeó que no se demostró la ausencia de pagos de salarios y prestaciones debidas al trabajador y solo hasta la fecha de la sentencia se había advertido el despido indirecto ocasionado por acoso laboral.

## RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la demandada, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación en lo relacionado con la condena al pago a la indemnización por el despido sin justa causa, y solicitó se le absuelva de cada una de las pretensiones de la demanda, dado que conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 62 del CST, no es permitido a la parte que dio por terminado el contrato de trabajo alegar con posterioridad motivos diferentes; precisando en este caso, el a quo incurrió en un error, toda vez que, la causal invocada en el numeral cuarto de la carta de terminación el demandante únicamente manifestó actos de acoso, básicamente abusos y hostigamientos por su jefe inmediato, en donde no se hace mención de sus homólogos o compañeros de trabajo, contrario a lo que se manifestó en las consideraciones de la decisión; argumentó que la declaración rendida por el testigo del demandante no demostró ningún dicho de los actos que se dieron por su jefe inmediato, limitándose a manifestar el actuar de sus compañeros de trabajo, donde advirtió no es viable que se profiera sentencia en ese sentido. Así mismo acusó que quedó comprobado en su interrogatorio de parte, que el demandante aceptó que únicamente ocurrió un evento aislado con su jefe inmediato, donde se negó a recibir un llamado de atención que en su momento se le estaba haciendo, aseverando, dicha situación no constituye un acto de acoso, por lo que no quedó comprobada dicha causal de despido. Finalmente aludió a lo preceptuado en el artículo 8° de la Ley 1010 de 2006 literal B.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión en atención a lo preceptuado en los artículos 66 y 66A del CPTSS, determinar si hay lugar a al reconocimiento y pago de la indemnización por despido indirecto.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo desarrollado entre el 10 de enero de 1995 y el 15 de diciembre de 2016, el cual terminó de manera unilateral por parte del demandante, tal como lo admiten las partes y se corrobora con la documental vista de folios 11 a 27,

así también lo consideró el juez a quo y no fue objeto de debate por las partes, así como que tres de las cuatro causales señaladas en la carta de renuncia no fueron probadas, por lo tanto, dichos aspectos en los términos del principio de consonancia contemplado en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. se mantendrán incólumes.

Ahora bien, en cuanto a la resolución del problema jurídico concerniente a la figura del despido indirecto, como ya se expuso fue la parte demandante quien puso fin al contrato de trabajo; al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, en sentencia CSJ SL13681-2016, reiterada recientemente en las CSJ SL3288-2018 y SL3288-2018, ha expuesto que es la parte demandante quien tiene la carga de probar las razones sobre las cuales da por terminado el vínculo contractual, puntualizando:

«Primeramente cabe recordar, que, dentro de los modos de fenecimiento de la relación laboral, encontramos la decisión unilateral del empleador o del trabajador, bien con justa causa o sin justedad alguna. Si el empleador invoca una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.

Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa» (resaltado de la Sala).

De igual modo, el Alto Tribunal ha establecido que «aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador; pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es

incuestionable que a él le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados<sup>1</sup>».

Y en la misma línea señaló: «(...) téngase en cuenta que la carta de renuncia lo que acredita son los motivos que tuvo quien decide terminar unilateralmente el contrato de trabajo, para el caso la demandante, pero en manera alguna tiene la entidad suficiente para probar su efectiva ocurrencia y menos que sean configurativos de la justa causa, por lo que a la actora le correspondía demostrar por otros medios de convicción que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador, es decir su justificación, labor que no cumplió<sup>2</sup> (resaltado de la Sala).

Sin que en este evento se active la presunción establecida en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, pues esta solo aplica para el despido directo, que no es lo alegado en este caso por la parte demandante.

Así las cosas, se aprecia para tal efecto que el demandante aportó documento a folios 26 y 27, fechado 1° de diciembre de 2016, el cual refiere a la terminación unilateral del contrato «por justa causa imputable a la empresa», lo cual sustentó en estas causales: (i) no habersele suministrado dotación en el año 2015 y los años anteriores en forma incompleta, (ii) no habersele consignado oportunamente las cesantías del año 2014, (iii) habersele consignado las cesantías del año 2015 en un fondo distinto al que estaba afiliado y (iv) que ha «sido víctima del incesante abuso y hostigamiento por parte del señor JAIRO SERRANO gerente de producción y de las decisiones que ha tomado la empresa, con relación a las funciones que he desempeñado como trabajador de INDUSTRIAS REAL S.A, las cuales he puesto a conocimiento de JOHANNA ACOSTA Jefe de Talento Humano, mediante documentos escritos, en las siguientes fechas: 28 julio del año 2016 y el 12 de Octubre del año 2016, los cuales se encuentran en investigación por parte del comité de convivencia laboral y en los cuales en su momento manifesté, el maltrato laboral del cual era víctima y de las expresiones ultrajantes con utilización de palabras soeces por parte del señor JAIRO SERRANO gerente de producción» (negrillas y subrayas ajenas al texto original), sin embargo, como ya se anunció las tres primeras causales se encuentra por fuera de debate en esta instancia, razón por la cual no se hará pronunciamiento alguno al respecto.

Pues bien, el Juez de primera instancia estimó que con el testimonio del señor JHON

---

<sup>1</sup> CSJ SL Radicado 5543

<sup>2</sup> Sentencia CSJ SL Radicado 54138

TABORDA se demostró la configuración de conductas de acoso laboral, que conllevaron al demandante a tomar la decisión de renunciar, mientras que la apoderada de la parte accionada por su lado, señala en la alzada que no se demostró la causal alegada al momento de la renuncia con dicho testimonio. Para tal efecto procede la Sala de Decisión a examinar dicho testimonio, para lo cual, puede resumirse indicado que éste manifestó conocer al actor desde el año 2.000, porque fueron compañeros de trabajo, donde el demandante fue su jefe, que a él en abril del año 2016 lo sacaron del cargo, lo llevaron a otra sesión como operario y de ahí en adelante le hicieron la vida imposible haciéndolo aburrir, sin justificación lo llevaron a otra parte, pero no sabe porque circunstancias no sabe porque tomaron esa decisión; que los compañeros lo cogieron como burlesco, que habían muchos comentarios, el hoy demandante se la pasaba aburrido por la situación en la empresa, que en el mismo año lo regresaron para donde estaba pero no en el cargo que estaba; que él (testigo) estaba presente con el señor que quedó en el cargo de Miguel Cortes, CARLOS GARCIA, quien dijo que lo iban a hacer aburrir para que renunciara, después de eso, también decidió renunciar porque se cometían muchas injusticias. Reiterativamente mencionó que habían muchos comentarios y burlescos con los compañeros, por lo que él estaba aburrido y con ganas de irse; que la idea era hacerlo aburrir para que se fuera por propia voluntad; que los comentarios eran relacionados con que lo bajaron del cargo en abril de 2016 a auxiliar de mecánica, que le llegaron con burlescos que por lambón y sapo que lo habían bajado del cargo; que ahí estuvo hasta junio, después lo mandaron para el área de tintorería donde llegó como operario, le hicieron la vida imposible y ya no aguantó más, renunció. No obstante, indicó que no tenía conocimiento si puso o no en conocimiento de la empresa o de alguna autoridad, los hechos mencionados.

Al respecto, del análisis de dicho testimonio en modo alguno puede extraerse el «incesante abuso y hostigamiento por parte del señor JAIRO SERRANO gerente de producción y de las decisiones que ha tomado la empresa, con relación a las funciones que he desempeñado como trabajador de INDUSTRIAS REAL S.A. [...] así como las expresiones ultrajantes con utilización de palabras soeces por parte del señor JAIRO SERRANO gerente de producción», causal que fue la mencionada por el accionante al momento de explicarle a su empleador los motivos por los cuales daba por terminado de manera unilateral su contrato de trabajo, sin que en dicha misiva se indicara que el presunto maltrato o acoso provenía de sus propios compañeros de trabajo, que es lo que alude el testigo; de tal modo, que a juicio de esta Corporación sin necesidad que hacer mayores elucubraciones, resulta diáfano que no se probó por parte del demandante la aludida causal o conducta por parte del señor JAIRO SERRANO en los términos indicados al inicio de estas consideraciones, se recuerda, entratándose de la decisión unilateral de una las partes del contrato laboral de dar por terminado sin justa

causa, « tanto empleador como trabajador tienen la obligación de manifestar a la otra parte, la causal o motivo de esa determinación sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales distintas» (CSJ SL14877-2016), siendo esta última circunstancia la que erróneamente determinó el a quo, pues claramente lo dicho por el testigo no es lo que refirió el accionante su carta de renuncia.

Aunado a lo anterior, tampoco tiene mayor asidero lo manifestado por el testigo al indicar que el actor era jefe y que luego lo degradaron a operario, pues la documental adosada al expediente claramente indica que este era el cargo para el cual fue contratado, sin que el hacer uso del ius variandi de que goza el empleador pueda constituirse como una conducta de acoso laboral, lo cual se reitera, no ha sido probada en los términos indicados por el accionante en su misiva de despido, máxime, cuando en su interrogatorio de parte señaló que «la carta de renuncia es la acumulación de diferentes sucesos en contra mía, y entre ellos el suceso con el señor gerente SERRANO, en el cual con palabras soeces se dirigió a mí por no recibir la carta, donde manifesté que no estaba de acuerdo con su trato», siendo lo soez: «cuando se acercó a mí y me dijo le aclaro que debe de presentar la excusa el día que le dan la incapacidad no cuando usted se le da la gana...». Dicho adjetivo, vale agregar, significa según el Diccionario de la Real Academia Española, «Bajo, grosero, indigno, vil», lo cual no se vislumbra de lo dicho por el actor y mucho menos, que corresponda a una conducta de acoso laboral.

Por ello, en sentir de la Sala quedó huérfano de prueba el despido indirecto, pues no es suficiente enunciar la existencia de hechos imputables al empleador que lo hubieren podido motivar, sino que realmente éstos ocurrieron, que fueron los que lo motivaron a renunciar y lo que obligó al trabajador a darlos a conocer al terminar el contrato unilateralmente. En ese orden de ideas, contrario a lo que estimó el a quo, la empresa demandada no se hace merecedora de la imposición de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST.

No sobra decir que esta sanción pudo haberse solicitado por la vía del proceso especial contemplado en la Ley 1010 de 2006, al estar enunciada en el artículo 10, en donde solo bastaba para hacerse merecedor a ella acreditar: 1) la renuncia, sin la formalidad enunciada anteriormente; 2) el acoso laboral, como su motivación y 3) que la acción se hubiere impetrado dentro de los 6 meses siguientes al acto constitutivo de acoso, pues está sometida a caducidad esta acción especial. Que como se dijo por esta Sala de decisión en pretérita oportunidad, no fue la acción invocada en este asunto por el actor, sino la ordinaria.

Corolario de lo expuesto, al quedar agotada la competencia de esta Sala, se revocará la sentencia de primera instancia y se absolverá a la accionada de la condena impuesta en primera instancia. Así se decidirá, sin costas en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandante ante las resultas del juicio.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

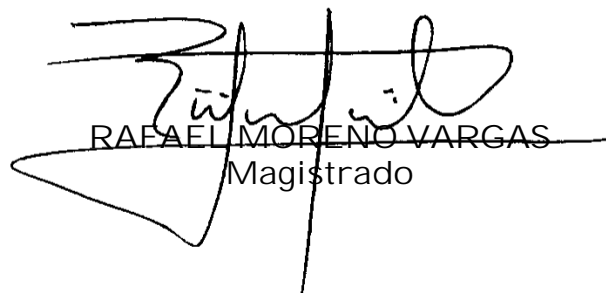
### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ABSOLVER a la accionada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL  
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS MARIA MUNEVAR contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Rad. 110013105-012-2019-00508-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de septiembre de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor JORGE ENRIQUE MORENO, pretende se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago del incremento adicional de su pensión del 14% por cónyuge a cargo y por hija estudiante menor de 25 años; como consecuencia de lo anterior, pretende se condene a COLPENSIONES a pagarlo desde la fecha en que se le otorgó la pensión, es decir, el 1º de junio de 2014 y hasta que subsistan las causas que dieron origen, con sus respectivos incrementos anuales; la indexación; lo ultra y extra petita; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que vive en unión libre con la señora Clara Elsa Oyaga Murcia desde el 6 de enero de 1988, que de su unión procrearon a Julieth Geraldine Munévar Oyaga, que él es el encargado de proveer sustento para su familia, su compañera no tiene trabajo y su hija aun estudia. Informó que COLPENSIONES reconoció su pensión de vejez el día 20 de mayo de 2014 mediante Resolución No. GNR 177895, que el 19 de marzo de 2019 presentó



reclamación administrativa solicitando el incremento del 14% sobre su pensión, obteniendo respuesta negativa (fls. 1 a 8).

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitando se absuelva de las mismas, argumentando que el actor no acreditó los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto Reglamentario 758 del mismo año, por lo que en su sentir no existe negligencia u omisión al dejar de cancelar el incremento de la pensión de vejez sobre la pensión mínima legal al demandante, pues tales incrementos de conformidad con el artículo 22 del Decreto 758 de 1990, no forman parte integrante de la pensión; aunado a ello, señaló que los incrementos del 14% y el 7% por persona a cargo, fueron derogados mediante sentencia SU 140 de 2019. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad»; «inexistencia del derecho y de la obligación»; «cobro de lo no debido»; «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (fls. 37 a 41).

De igual manera, intervino el agente del Ministerio Público, advirtiéndole que es criterio institucional de dicha entidad que los incrementos pensionales no forman parte de la pensión, por tanto, no gozan de las mismas prerrogativas que tienen las pensiones en cuanto a la imprescriptibilidad del derecho. Que si bien en la sentencia SU-140 de 2019 la Corte Constitucional concluyó que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se produjo la derogatoria orgánica del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, lo cierto era que la función de la Sala de Casación Laboral como máximo órgano de cierre de la Justicia ordinaria en la especialidad laboral, ha sido constante, uniforme y, por tanto, generadora de seguridad jurídica plasmadas en sentencias que, en conjunto, constituyen doctrina probable, al sostener que los incrementos pensionales no fueron derogados en forma tácita ni expresa por la Ley 100 de 1993, manteniéndose en vigor para quienes accedan al derecho pensional de manera directa o indirecta por aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. De este modo consideró que la solución de la Corte Constitucional se muestra regresiva, por lo que solicita se de aplicación al criterio de la Sala de Casación Laboral. Propuso como excepción de mérito, la de «prescripción» (fls. 53 a 56).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 24 de septiembre de 2020, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor

del demandante, únicamente del incremento del 14% de la pensión mínima legal por su compañera permanente Clara Elsa Oyaga Murcia, a partir del 19 de marzo de 2016; ordenó a COLPENSIONES el pago del retroactivo por 58 periodos pensionales entre el 19 de marzo de 2016, cuyo retroactivo calculó al momento de la sentencia, en \$7.127.136; ordenó a COLPENSIONES incluir en nómina el incremento y a seguir cancelándolo junto con la mesada adicional de diciembre a que haya lugar, mientras subsistan las causas que dieron origen; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones formuladas, salvo la de prescripción respecto de los incrementos pensionales causados con anterioridad al 19 de marzo de 2016. Condenó en costas a COLPENSIONES.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que se apartaba de la sentencia SU-140 de 2019 y que seguiría el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En ese sentido, señaló que al haber sido reconocida la pensión de vejez conforme a las reglas del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición procedía el estudio respecto al incremento del 14% sobre el conyugue o compañera y compañera permanente. En ese orden, observó el fallador que de acuerdo al material probatorio allegado se constataba una regla de dependencia y subordinación económica de la señora CLARA ELSA OYAGA MURCIA para con el demandante, por lo que, se configuraba el derecho al reconocimiento del incremento pensional. Respecto del incremento del 7% por hija estudiante, dependiente económicamente, manifestó que conforme a certificación allegada, el status en seguridad social en salud de JULIETH GERALDYN MUNEVAR OYAGA fue cancelado por duplicidad interna, concluyendo que no se generaba una dependencia económica, máxime que la declaración rendida tiene muy poca relación con su núcleo familiar, tiene diferencias con su hermano quien es aparentemente el que administra el hogar o la sede locativa del hogar, que no vive con ellos vive en Bogotá, y que para su manutención se apoya con personas cercanas con las que reside y de un emprendimiento particular que brinda en su tiempo libre, rompiéndose el yugo de la dependencia económica, por lo que no había lugar al mencionado incremento del 7%. Frente al tema de la prescripción, referenció que la reclamación administrativa se elevó el 19 de marzo de 2019, con lo cual, se interrumpió la prescripción y en consecuencia debían reconocerse las mismas con el periodo trienal de acuerdo a lo establecido en el artículo 151 del CPTSS.

### RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación,

argumentando que respecto de las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente el reconocimiento del incremento pensional establecido en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que el artículo 22 de dicho decreto señaló de manera expresa que los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integral de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el ISS; la Ley 100 de 1993 nada dispuso respecto de la concesión de tales incrementos y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidos en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas; sumado a ello, subrayó que no comparte las apreciaciones jurisprudenciales y normativas que el despacho dispuso porque la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019 señaló que salvo que se trate de derechos adquiridos con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, los incrementos pensionales contenidos en el Acuerdo 049 de 1990, desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Colpensiones presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora por su parte, guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su compañera permanente a cargo, así como determinar si este se encuentra prescrito.

## CONSIDERACIONES

El derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desaparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente

reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueron reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución GNR 177895 del 20 de mayo de 2014 (fls. 22 a 27), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su compañera permanente a cargo, la señora CLARA ELSA OYAGA MURCIA.

De la condición de compañera permanente de la antes citada, se advierte que dentro del proceso fueron recaudadas las declaraciones de la señora CLARA ELSA OYAGA MURCIA y de JULIETH GERALDYN MUNEVAR OYAGA, compañera e hija del actor. La primera manifestó que vive con el actor hace 25 años, viven en una casa que, si bien no es ellos, responden por servicios e impuestos de la casa; que el que responde por ella y por todo, por las cosas grandes y pequeñas del hogar es el demandante. Que su hija Geraldin está estudiando artes y ya va a terminar, siendo su padre el que responde por ella, que está en una universidad pública. Que su esposo no tiene propiedades, que era conductor, ya después no volvió a manejar a raíz de un accidente, y que por la edad no quisieron que volviera a manejar porque el accidente fue delicado. La hija de la pareja, por su parte, indicó en lo que interesa en esta instancia, que su mamá no tiene propiedades, depende de su papá, de la pensión que él tiene; que ella no realiza ninguna actividad, se encarga del aseo de la casa, es ama de casa, el demandante trabajó en la empresa Vidriera Universal y salió pensionado.

Así las cosas, de las anteriores declaraciones se evidencia la dependencia económica de la compañera permanente respecto del actor, al asignársele plena credibilidad a

sus dichos, por tratarse de unos testigos directos de los hechos afirmados, el cual da cuenta clara que la compañera permanente del demandante no realiza ninguna actividad productiva que le procure su sustento económico, aunado al hecho que depende del actor, además de complementarse con la documental allegada, especialmente la certificación que obra a folio 18 expedida por la NUEVA EPS donde se indica que la señora Clara Elsa Oyaga Murcia es beneficiaria del actor en el servicio de salud en calidad de «cónyuge», de lo que se concluye que, en principio, le asiste el derecho al reconocimiento del incremento pensional en los términos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala, demás, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, donde surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante, lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los

incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de *in dubio pro operario*, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 1 de junio de 2014 a través de la Resolución GNR 177895 del 20 de mayo de 2014, la cual le fue notificada el 27 de junio de 2014 (Exp. Activo. CD fl. 50), pero la reclamación administrativa ante Colpensiones solamente vino a presentarse hasta el 19 de marzo de 2018 (fls. 11 a 13), es decir, con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, así la demanda se haya presentado el 02 de agosto de 2019 (Fl. 28), es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio *in dubio pro operario* de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, a diferencia de cómo lo determinó la juzgadora de primera instancia, que hay lugar a declarar probada la prescripción total y no la parcial del derecho reclamado, motivo por el cual no le asiste derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional y la reclamación del derecho y luego la presentación de la demanda, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su revocatoria.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo del demandante, dadas las resultas del proceso.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.





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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YOLANDA GÓMEZ MARTÍNEZ contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 110013105-013-2019-00094-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora YOLANDA GÓMEZ MARTÍNEZ pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 21 de junio de 1994 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A. y del posterior traslado a la AFP HORIZONTE el 27 de diciembre de 2001, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de su situación personal. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Se condene en costas y agencias de derecho, más los extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que se trasladó del ISS a PORVENIR S.A. el 21 de junio de 1994 mediante formulario de vinculación No.

140501, que el asesor comercial no le brindó información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes; que no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen. Señaló que es la AFP PORVENIR S.A quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo. Informó que el 27 de diciembre de 2001 se afilió a Horizonte mediante formulario de afiliación No. 0279092; que nació el 09 de octubre de 1960 y cumplió sus 57 años de edad el 09 de octubre de 2017. Que el 24 de julio de 2018 la AFP PORVENIR le realizó una simulación de su mesada pensional bajo la modalidad de retiro programado, cotizando el 100% del tiempo y sin cotizar, arrojando un valor de mesada pensional de \$3.484.800 y \$3.173.700 respectivamente. Así mismo, resaltó que mediante simulación pensional efectuada en el RPMPD conforme a la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados en los últimos 10 años, aplicando tasa de reemplazo de 59,45% a sus 57 años de edad, su pensión equivaldría a la suma de \$10.069.062. Que conforme a su historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A. el 28 de junio de 2018 cuenta con un total de 1.408 semanas cotizadas, finalmente señaló que radicó reclamación administrativa el 09 de agosto de 2018 ante COLPENSIONES solicitando su traslado sin que a la fecha se haya pronunciado al respecto (FIs.1 a 9).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, para ello argumentó que ha actuado de buena fe, que una vez revisada la historia laboral de la demandante evidenció que se trasladó al RAIS en PORVENIR S.A. en el año 1994, el cual, a la fecha tiene plena validez. Resaltó que la validación de los requisitos para el cumplimiento de su traslado de régimen debía de ser efectuado por la AFP a la que se encuentra afiliada, por lo que la aprobación o su rechazo lo determina la entidad no COLPENSIONES. Así mismo, señaló que la accionante nació el 09 de octubre de 1960, contando en la actualidad con 57 años de edad, no cumpliendo con el requisito para poder acceder al traslado pretendido, y que su eventual afiliación en el RPMPD y el traslado de sus aportes dependen de la decisión favorable que previamente se obtenga respecto de la pretensión de la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS. Finalmente manifestó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por no demostrarse dentro del proceso que tenga 15 o más años cotizados a la entrada en Vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción»; «inexistencia del derecho y de la obligación»; «cobro de lo no debido»; «la no

configuración del derecho al pago de intereses moratorios» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 42 a 47).

A su turno la demandada PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, solicitando se le absuelva de las mismas, para ello sostuvo que el traslado de la demandante tiene plena validez, toda vez que, no se configuró vicio del consentimiento, de forma autónoma y mediante un consentimiento exento de vicios, suscribió el formulario en el cual expresó haber firmado el documento de manera libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor, toda vez que, su firma es auténtica y no ha sido cuestionada, aunado añadió que el traslado de la actora no se hizo en contra de una prohibición legal y por el contrario el mismo en cumplimiento del periodo mínimo de permanencia que el afiliado debía de tener en la AFP anterior, así mismo sostuvo que la demandante al igual que los demás afiliados, recibió una asesoría comparativa de los regímenes pensionales, su funcionamiento, características, ventajas y desventajas, forma de liquidar las prestaciones, para que basada en sus condiciones sociales, económicas, familiares y personales, condiciones que aseguró nadie conoce más que los afiliados para que opten por uno u otro de forma libre, espontánea y sin presiones tal como lo demuestra el formulario suscrito por la actora. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción»; «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»; «buena fe»; «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo»; «enriquecimiento sin justa causa» e «innominada o genérica» (Fls. 66 a 74).

Mediante providencia del quince (15) de octubre de 2019 el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., ordenó integrar como litis consorte necesario a PROTECCIÓN S.A., sin embargo, mediante auto del veintisiete (27) de enero de 2020 se dio por no contestada la demanda (fls. 107, 142, 143).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2020; declaró la ineficacia del traslado del demandante a través de PORVENIR S.A. el 26 de junio de 1994 y de contera las realizadas ante las AFPs COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; condenó a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; condenó a COLPENSIONES a tener afiliada a la actora, recibir los dineros referidos y a actualizar

su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional y en consecuencia, se encuentran compelidas a brindar sus servicios de manera oportuna, eficaz y eficiente imponiéndoles entre otros los deberes de la debida información en todas etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional debiendo indicar en forma completa y comprensible todos los pormenores que ello conlleva tanto los beneficios, como los aspectos negativos que puedan conllevar tal decisión, pues de lo contrario aseveró se afectaría el derecho del principio irrenunciable a la seguridad social de los afiliados, lo que comprende no solo el derecho en sí mismo, sino también su legítima expectativa. Que en el caso concreto, la demandante inicialmente se afilió a la AFP PORVENIR S.A. y que la simple suscripción del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, resaltó que la demandante no confesó haber recibido una información adecuada y oportuna por parte de los asesores de PORVENIR en 1994, así mismo resaltó que los dichos de la demandante tienen respaldo en las declaraciones extra proceso aportadas al plenario, en este orden de ideas se constató que la AFP PORVENIR S.A. no demostró sumariamente el cumplimiento de su deber de brindar información necesaria que requería la demandante para ilustrar su decisión. Igualmente, informó que nada afecta que la demandante no haya ejercido su derecho de retracto, o que haya solicitado su traslado horizontal entre AFPs, pues ello no borra el hecho de que en 1994, al momento del cambio de régimen no se le haya brindado una información clara, oportuna, necesaria y transparente, por lo anterior halló viable la ineficacia del traslado de la demandante a PORVENIR S.A. y los demás traslados realizados.

#### RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación parcial respecto a la condena de las cuotas de administración y el seguro previsional, para ello, aclaró que la demandante es una persona que se encuentra trasladada, razón por la cual todos los aportes en su totalidad fueron remitidos a PORVENIR S.A., fondo en el cual se encuentran todos los aportes de la parte actora tal como consta en el certificado de aportes trasladados, aunado a ello, informó que en el tiempo de afiliada a PROTECCIÓN se generaron buenos rendimientos, duplicando sus aportes, por lo que en su sentir el devolver estos recursos sería desconocer el derecho a las restituciones mutuas, generándose un

enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, finalmente subrayó que las mesadas pensionales sí prescriben y por ende también algunas cuotas de administración, respecto del seguro previsional añadió que el mismo se activa cuando ocurre la invalidez o muerte del afiliado, no obstante el hecho de que no haya ocurrido el siniestro, debido a la naturaleza del mismo no se puede devolver por ser dineros que ya se surtieron. Por lo expuesto, solicita revoque parcialmente la sentencia.

A su turno, el apoderado de PORVENIR S.A. inconforme con la decisión presentó recurso de apelación parcial frente a la condena de la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, argumentando que si lo pretendido es que opere la ineficacia, no se deberían de reestablecer los gastos de administración, informando que los mismos no son descontados de manera arbitraria, toda vez que, en el régimen general de pensiones se descuenta el valor del 3% en virtud de un mandato legal, generando en la cuenta individual unos rendimientos, hecho que no ocurre en el fondo común. En este punto, aseveró que, si se condena a regresar estos gastos de administración, solicita que los valores por concepto de rendimientos no sean trasladados, toda vez que, los mismos ya se causaron y si se restituyen se estaría frente a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandante presentó alegatos de conclusión en similares términos al indicado en su demanda, solicitando se confirme la decisión. En cuanto a las codemandadas, COLPENSIONES señaló que en el caso que nos ocupa no es procedente el traslado de régimen; y PROTECCIÓN S.A., en similares términos a los de la alzada, solicitó se revoque parcialmente la decisión de primer grado. PORVENIR S.A. guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad.

59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 10 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 23 de mayo de 1964 (fl. 10), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el 23 de mayo de 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 9 de agosto de 2018 (Fl. 13), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 85.85 semanas de cotización (fls. 14 y 95), equivalentes a un (1) año, 7 mes y 22 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 21 de junio de 1994 (FI. 11), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al

interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A..

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fl. 11), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. esto no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 21 de junio de 1994 (Fl. 11), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte apelante, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y



las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. Asimismo, debe decirse, que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional. En la misma línea, se precisa, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar, entre otras la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

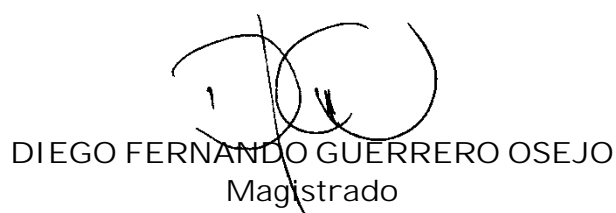
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA ELIZABETH PACHÓN GONZÁLEZ contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 110013105-027-2018-00014-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de agosto de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARIA ELIZABETH PACHÓN GONZÁLEZ, como pretensiones principales pretende se declare la ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS efectuado ante la AFP COLFONDOS S.A. y HORIZONTE – COLPATRIA, administrado por PORVENIR, desde el 1º de agosto de 1994; se declare que tiene derecho a la recuperación del RPMPD en COLPENSIONES desde el 1º de agosto de 1994; como consecuencia de lo anterior, se condene a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES sus aportes, rendimientos financieros y bono pensional, por la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial; indexación del bono pensional; intereses moratorios; lo ultra y extra petita; costas y agencias en derecho; como pretensiones subsidiarias pretende se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS efectuado ante COLFONDOS S.A. y HORIZONTE – COLPATRIA administrado por PORVENIR, desde el 1º de agosto de 1994; se declare que tiene derecho a la recuperación del RPMPD en COLPENSIONES desde el 1º de agosto de 1994; como consecuencia de lo anterior se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a

COLPENSIONES los aportes, rendimientos financieros y bono pensional, por la suma del respectivo cálculo actuarial; indexación del bono pensional; intereses moratorios; ultra y extra petita; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 22 de junio de 1984 al 31 de julio de 1994, que el 1º de agosto de 1994 se trasladó a la AFP COLPATRIA, sin que se le brindara información respecto de las consecuencias negativas que traería para su derecho pensional el traslado efectuado al RAIS, especialmente en lo que respecta a los montos a los que ascendería su pensión si continuaba en el RPMPD y en el RAIS, anotó que en octubre de 2000 la AFP HORIZONTE S.A. absorbió mediante fusión a la AFP COLPATRIA que a su vez fue absorbida por fusión en diciembre de 2013 por la AFP PORVENIR S.A., añadió que ha realizado los siguientes traslados: en el año 2006 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, el 1º de octubre de 2009 a COLFONDOS S.A., sin que se le informara sobre los beneficios y consecuencias que se podían generar sobre sus derechos pensionales, aseveró que los fondos demandados nunca le presentaron los cuadros comparativos de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni la forma en como tasar su pensión, su derecho al retracto, omitiéndose la obligación contractual y legal de brindar la información necesaria respecto a sus derechos prestacionales. Finalmente, informó que presentó su reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 27 de septiembre de 2017 solicitando el traslado de los valores de su cuenta de ahorro individual, con respuesta negativa del 11 de octubre de 2017 y para esa misma data radicó solicitud de traslado ante PORVENIR S.A., sin obtener respuesta; el 27 de septiembre de 2017 realizó solicitud de traslado de COLFONDOS S.A. y el 3 de diciembre de 2017 COLFONDOS le realizó proyección pensional arrojando como mesada pensional en el RAIS la suma de \$1.221.677 y en el RPMPD el valor de \$5.580.000 (FIs.1 a 15).

### CONTESTACIONES A LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señalando que a la parte actora no le asiste el derecho a lo pretendido por encontrarse inmersa dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 para poder efectuar su traslado de régimen pensional, por contar con 54 años de edad al momento de solicitar su traslado. Que acceder al traslado, afecta el derecho pensional de los demás afiliados al RPMPD y la sostenibilidad del fondo común, al no haberse realizado aportes al mismo, por lo que no puede beneficiarse de los aportes realizados por los demás afiliados cotizantes, violando el derecho a la equidad y el derecho irrenunciable de la pensión de los afiliados al RPMPD. Arguyó que COLPENSIONES

nada tuvo que ver con el negocio jurídico celebrado entre la demandante y las AFP demandadas y que la actora a través de su firma aseguró haber sido asesorada respecto del RAIS, acogiéndose a las condiciones propias del régimen, señalando que no se puede tomar como cierto que la falta de información se basó en que las AFP demandadas no realizaron una proyección pensional a la actora al momento de su traslado, por no constituirse como una prueba útil para demostrar un vicio del consentimiento, sumado a que la obligación de emitirlos nació con el Decreto 2071 de 2015. Así mismo anotó que la demandante permaneció por más de 23 años en el RAIS ratificando su pertenencia, razón por la cual, no es de recibo solicitar su nulidad tras darse cuenta que su pensión no era la que esperaba. Propuso como excepciones de mérito las de: «inexistencia de la obligación»; «error de derecho no vicia el consentimiento»; «buena fe»; «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 115 a 125).

La AFP COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, para ello resaltó que el traslado de régimen de la parte demandante fue realizado en COLPATRIA – HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., siendo este último el fondo encargado de brindar asesoría a la parte demandante respecto de las consecuencias de dicho cambio de régimen. Sostuvo que no procede la ineficacia, toda vez que, la suscripción de la vinculación en el fondo provino de la parte actora quien, con su puño y letra, firmó el formulario de afiliación, de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna, quedando claramente plasmado su consentimiento como señal de aceptación, sin evidenciar elementos probatorios que demuestren que la vinculación se haya efectuado bajo algún tipo de vicio del consentimiento. En lo concerniente al bono pensional narró que el mismo ya fue redimido y que en el evento en que prosperen las pretensiones sería necesario la anulación del mismo, con el relativo reintegro de los recursos que se llegaren a causar a la entidad emisora y a los contribuyentes, so pena, de que se configure un detrimento patrimonial en contra del Estado y un enriquecimiento sin justa causa por parte de la demandante. Frente a la declaratoria de nulidad aseveró que no se puede dejar sin efecto un acto válido y propio que nació a la vida jurídica, que fue ratificado con el traslado horizontal a 3 AFP del RAIS, máxime que la parte actora dentro del plazo para manifestar inconformidades o regresar al RPMPD no lo hizo, por lo cual, concluyó que el contrato no se encuentra afectado de algún vicio que lo invalide. Propuso como excepciones de mérito las de: «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «no existe prueba de causal de nulidad alguna»; «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado»; «buena fe»; «compensación y pago»; «saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación»; «innominada o genérica» y «ausencia de vicios del consentimiento» (Fls. 149 a 169).

A su turno la AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, para ello sostuvo que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que, las reglas y condiciones en las que se realizó la vinculación no fue caprichosa, siendo claro que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió un formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS, consideró que la afiliación no contiene ningún vicio del consentimiento, encontrando el cumplimiento a todos los requisitos exigidos para la validez de la selección de régimen. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción»; «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»; «buena fe»; «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo»; «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 176 a 185).

Mediante auto del 17 de junio de 2019, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, integró como litis consorte necesario a la sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy SKANDIA S.A. (fls. 198, 199), la cual, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, solicitando se absuelva de las mismas, para ello argumentó que la afiliación de la demandante se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionando toda la información necesaria para que tomara la decisión libre y consciente de afiliarse, aclarando que la información y asesoría suministrada se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS, teniéndose en cuenta las características del caso individual de la demandante, aunado a ello, señaló que al momento del traslado a este fondo, la parte actora tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto, subrayó la asesoría se tomó como una reafirmación de los argumentos ya conocidos en lo concerniente al RAIS, señalando que la única diferencia respecto a los demás fondos de pensiones es la rentabilidad por manejarse de manera variable entre administradoras del mismo régimen. Propuso como excepciones de mérito, las de: «OLD MUTUAL no participó ni intervino en el momento de selección de régimen»; «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado»; «ausencia de configuración de causales de nulidad»; «inexistencia de violación del debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS»; «ausencia de falta al deber de asesoría e información»; «cobro de lo no debido»; «los supuestos facticos del

proceso no son iguales o similares al contexto de las sentencias invocadas por la demandante»; «prescripción»; «buena fe» y «genérica» (Fls. 207 a 227).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de agosto de 2020, declaró ineficaz la afiliación de la demandante del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. y los posteriores traslados efectuados horizontalmente; condenó a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, y a esta última a afiliarse nuevamente a la actora al RPMPD y a recibir las cotizaciones; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a las accionadas PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la AFP PORVENIR S.A. no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría a la afiliada al momento de solicitar su traslado de régimen, máxime, cuando no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, observando como única prueba el formulario de afiliación, razón por la cual, aseveró no era posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría brindada por el asesor comercial al momento de su traslado de régimen pensional, aunado a que, dicha carga probatoria tampoco la suplieron las codemandadas SKANDIA y COLFONDOS S.A. cuando la demandante se trasladó a todas y cada una de las administradoras, y el hecho de elegir entre uno y otro fondo no implicó la ratificación de la decisión de cambio de régimen, así mismo anotó que en nada cambiaba el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición o el no tener una expectativa de derecho pensional al momento de solicitar su traslado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba de contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondo de pensiones. Por lo expuesto, concluyó que las codemandadas incumplieron su deber de información, buen consejo y asesoría vulnerando los principios mínimos de transparencia que deben de gobernar la movilidad entre regímenes pensionales. En cuanto a la excepción de prescripción, informó que la misma no opera por su nexo de causalidad con un derecho fundamental, irrenunciable e imprescriptible como es el de la seguridad social, dado el carácter declarativo de la pretensión inicial.

### RECURSOS DE APELACION

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la condena impuesta en su contra, para ello argumentó que el traslado realizado por la demandante fue de manera voluntaria luego

de recibir una asesoría informada por parte de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., señalando que en el interrogatorio de parte se demostró que la afiliación no fue coaccionada ni presionada, suscribiendo el formulario de afiliación con el lleno de los requisitos exigidos y disposiciones legales vigentes para la data en que se produjo, cumpliendo con los parámetros establecidos, concretándose el traslado de régimen con la manifestación de su voluntad de manera libre y voluntaria, razón por la cual externó no era necesario entregar una información tan rigurosa en los términos reclamados en el proceso, manifestando que el deber de información o asesoría de las administradoras del RAIS solo fue establecido con posterioridad por la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia y por varias normas legales y reglamentarias entre ellos con la expedición del Decreto 2555 de 2010 el Decreto 2071 del 2015 y la Ley 1748 de 2015, en este punto referenció lo consignado en el Decreto 692 de 1994 en su artículo 5°, advirtiendo que una vez elegido el régimen pensional por parte de la afiliada demandante y suscrito el formulario no le era posible negar la afiliación, por existir una restricción legal, por lo que una vez se cumpla con los requisitos del traslado, no se pueda condicionar la escogencia de un determinado fondo. Sumado a lo anterior, aseveró que la demandante contaba con múltiples oportunidades para revertir su decisión prestacional, omitiendo hacerlo, ratificando su pertenencia al RAIS, siendo de público conocimiento la posibilidad de retornar al RPMPD por encontrarse consignadas en las disposiciones legales, actuando de manera poco diligente frente a su traslado realizado y después de muchos años y de 4 traslados y asesorías de fondos de pensiones distintos, mostró interés por su situación pensional, finalmente subrayó que en su sentir al declarar la ineficacia por falta de información se premia la ignorancia de la ley.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria del fallo proferido, para ello aseveró que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, no se debe de aplicar de manera objetiva, toda vez que, se debe de analizar las circunstancias de cada caso en concreto en especial los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, resaltando que el afiliado no está exento de su deber de ilustración frente a las decisiones del cambio de régimen pensional, por no encontrarse disminuido en su capacidad para realizar actos jurídicos, máxime, cuando de dicha decisión depende su futuro pensional, refiriendo que del interrogatorio de parte rendido por la demandante observó que fue negligente en el aspecto de cambiarse de manera voluntaria 4 veces de fondo de pensiones, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente al régimen en los términos de la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaren 10 años o menos para su edad pensional, finalmente subrayó que no es viable que la parte actora



pretenda la nulidad de su traslado después de que observó que la pensión no estaría acorde con su prestación económica, por encontrarse obligada a someterse al sistema que optó tal y como lo admitió al firmar cada uno de los formularios, lesionando con su actuar la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandante presentó alegatos de conclusión en similares términos al indicado en su demanda, solicitando se confirme la decisión. En cuanto a las codemandadas, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en similares términos a los de la alzada, solicitaron que se revoque la decisión de primer grado. Las demás accionadas guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede

realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 45 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 11 de junio de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 11 de junio de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 11 de octubre de 2017 (fl. 82 a 85), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 491 semanas de cotización de aproximadas (fls. 126 a 129) equivalentes a 9 años, 5 mes y 2 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 26 de agosto de 1994 (Fl. 187), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a el demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las

sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen, plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. (fl. 187), éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. omitió al momento del traslado de régimen (26 de agosto de 1994, fl. 187), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte apelante, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone

el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que el actor hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados, los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de no haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se CONFIRMARÁ la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

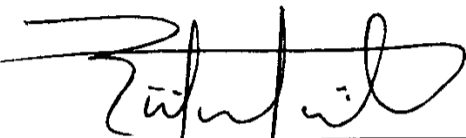
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTROYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil diecinueve (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de RUBIELA ZAMBRANO ORDOÑEZ  
contra DIGITAL WARE S.A. Rad. 110013105-003-2019-00354-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora RUBIELA ZAMBRANO ORDOÑEZ pretende se declare que existió un contrato de trabajo a término fijo con la empresa DIGITAL WARE S.A., que el contrato inicio el 17 de febrero de 2014 y finalizó el 16 de febrero de 2015, habiéndose prorrogado en cinco oportunidades y que fue terminado sin justa causa el 27 de febrero de 2020; que la indemnización de su despido debió haber sido por el periodo comprendido del 27 de febrero de 2019 al 16 de febrero de 2020, que su último salario fue de \$2.200.000 aumentado en el mes de febrero de 2015 y que el mismo debió ser incrementado durante los años 2017, 2018 y 2019, que tenía que cancelársele el «bono de mera liberalidad» y finalmente, se declare que la demandada procedió de mala fe. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la demandada al reajuste salarial de los años 2017, 2018 y 2019; se condene a la indemnización por despido sin justa causa por el tiempo faltante para finalizar el contrato, por la suma de \$25.666.667, se condene al pago de intereses moratorios por el pago deficitario de su indemnización, prestaciones sociales y no consignación de cesantías, se condene al pago de las vacaciones adeudadas, se condene al pago del «bono de mera liberalidad» por la suma

de \$5.000.000, la indexación de las condenas, lo ultra y extra petita, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que celebró un contrato de trabajo a término fijo de un (1) año con DIGITAL WARE S.A. con fecha de iniciación 17 de febrero de 2014, desempeñando el cargo de Junior Consultant, con un salario inicial de \$1.500.000, siendo renovado el contrato en los siguientes periodos: el 17 de febrero de 2016, 17 de febrero de 2017, 17 de febrero de 2018 y finalmente del 17 de febrero de 2019 hasta el 16 de febrero de 2020. Informó que su contrato de trabajo fue terminado sin justa causa por el empleador el 27 de febrero de 2019, con un salario final de \$2.200.000 asignado desde el año 2016, sin sufrir incremento alguno en los años 2017, 2018 y parte del 2019. Indicó que a la finalización del contrato no se le cancelaron vacaciones por los periodos del 17 de febrero de 2017 al 16 de febrero de 2018, del 17 de febrero de 2018 al 16 de febrero de 2019 y del 17 de febrero de 2019 al 27 de febrero de 2019, ni la totalidad de la indemnización por terminación sin justa causa, pues al ser el contrato a término fijo, debió cancelársele desde su culminación, es decir, desde el 27 de febrero de 2019 hasta el 16 de febrero de 2020, no como si se tratara de un contrato a término indefinido; ni sus cesantías fueron canceladas conforme al salario variable que obtuvo durante el año 2016, ni le fue cancelado el bono anual denominado «bono de mera liberalidad». Finalmente señaló que el 18 de marzo de 2019 se le entregó documento donde se le manifestó que el tipo de contrato celebrado con la empresa demandada era a término indefinido a beneficio suyo a partir del 16 de marzo de 2016, declarando nunca suscribir documento que modificara la modalidad de su contrato toda vez que el mismo es a término fijo (Fls. 5 a 12).

### CONTESTACION DE DEMANDA

La empresa demandada DIGITAL WARE S.A. contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, solicitando la absolución de las mismas y condenar a la demandante al pago de costas procesales y perjuicios, para ello argumentó que inicialmente la relación contractual era a término fijo y que la misma fue reemplazada por un contrato a término indefinido beneficiando a la demandante hacia el mes de marzo de 2015, decisión que le fue notificada el 17 de septiembre de 2015 a través del aplicativo SELF SERVICE, un software de nómina que maneja el departamento de recursos humanos, siendo reiterada dicha decisión en varias certificaciones laborales solicitadas por la actora, por lo que las aceptó sin oponerse nunca a ellas. Así mismo, agregó que la relación laboral terminó el 27 de febrero de 2019 sin justa causa, razón por la cual cumplió con su obligación de cancelar la indemnización del artículo 64 CST a favor de la actora, en cuanto al bono de mera



liberalidad informó que el mismo se otorgó cuando la demandante no estaba vinculada con la compañía, además el mismo es un beneficio que se otorga por una única vez por el grado de pertenencia y fidelidad de los trabajadores para con la empresa. Finalmente indicó que el salario acordado entre las partes era superior al mínimo mensual vigente para cada anualidad, por tanto, no se encuentra afectado el poder adquisitivo del mismo. Propuso como excepciones, las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe», «compensación», «genérica o innominada», «falta de causa y título para pedir», «inexistencia de las obligaciones reclamadas» y «temeridad y mala fe» (Fls. 54 a 71).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 9 de septiembre de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato a término fijo que inició el 17 de febrero de 2014 y se prorrogó en el tiempo hasta el 27 de febrero de 2019, fecha en la cual terminó por decisión unilateral del empleador, declaró probada la excepción de compensación, condenó a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$17.481.933 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, valor que deberá ser indexado desde el día que se terminó el contrato de trabajo hasta la fecha en que se realice el pago. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoada en su contra y la condenó en costas.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, argumentó que entre las partes se celebró un contrato a término fijo a un (1) año, el 17 de febrero 2014 y que una vez analizado el material probatorio en el plenario no encontró prueba de que la parte demandada hubiese comunicado su decisión de no renovar el contrato al vencimiento del plazo fijo pactado, prorrogándose el mismo por el periodo de 1 año, siendo tomada la decisión de manera unilateral de cambiar la modalidad contractual a término indefinido a partir del 16 de marzo del año 2015, cuando ya había operado la prórroga del contrato trabajo, sin consultarse la voluntad del trabajador y sin plasmarla bilateralmente en el contrato a través de un otrosí. Así mismo, anotó que dicha decisión fue informada a través de una certificación laboral sólo hasta el 17 de septiembre del año 2015 y que el hecho de recibir dicha certificación por parte de la demandante, no refleja su voluntad de aceptar su contenido. Por lo expuesto, declaró que la decisión tomada es inexistente y declaró que la relación laboral entre las partes fue a término fijo.

Así mismo, manifestó el fallador de primer grado que la terminación del contrato de trabajo se dio sin justa causa de forma unilateral el 27 de febrero de 2019, que el salario de la demandante al inicio de la relación laboral era de 1.500.000 y que a partir del 16 de febrero del 2016 se aumentó \$2.200.000, en este punto, señalando así, con relación

a la pretensión del pago de la diferencia salarial a partir del año 2017 por no incrementarse con el IPC, que no había lugar a la misma, pues no es dable conceder incrementos salariales en tal sentido, al no existir norma que así lo faculte u obligue, salvo que se trate del SMMLV. En cuanto al bono de mera liberalidad, expresó que el mismo se emitió con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo de la demandante siendo aplicados a los contratos de trabajos que se encontraban vigentes al momento de su creación, esto es el 13 de marzo de 2019; y respecto al pago de vacaciones, observó que las mismas se cancelaron en dinero cumpliéndose con la obligación a favor de la demandante, por lo anterior absolvió al demandado de estas pretensiones.

Respecto a la indemnización por despido sin justa causa en contrato a término fijó, indicó que observó que la demandada canceló a la demandante como indemnización por despido sin justa causa la suma de \$8.111.400, y teniendo en cuenta que la quinta prórroga del contrato iría hasta el 27 de febrero de 2020 y la terminación de su contrato se dio el 27 de febrero de 2019, la indemnización correspondería a la suma de \$25.593.333 y compensando el pago ya efectuado arrojaba un total de \$17.481.933. Finalmente, en cuanto al pago de las cesantías, advirtió que la cesantía del año 2016 no debía de ser calculadas con base en un salario variable, toda vez que los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2016 siempre percibió en forma constante el salario por la suma de \$2.200.000.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de DIGITAL WARE S.A. la apeló de manera parcial respecto a los numerales 3 y 4 de la decisión, respecto a la cancelación del pago indexado de la indemnización por despido sin justa causa y el pago de agencias y costas procesales, para ello señaló lo establecido en el artículo 64 CGP, así mismo solicitó se estudie y de valor probatorio a las certificaciones laborales emitidas por la demandada en el sentido de verificarse la aceptación tácita en el cambio de la modalidad contractual y la no manifestación de la demandante de efectuar reparo alguno respecto de ello, siendo reiterado lo anterior en 7 certificaciones expedidas, así mismo manifestó que de las declaraciones dadas por lo testimonios efectuados se evidenció que es costumbre de la empresa no someterse a la literalidad del contrato sino como beneficio a los trabajadores cambiar su modalidad contractual, lo cual se encuentra dentro de las facultades del poder subordinante del empleador y del ius variandi, referenciando de este modo, lo establecido en la sentencia CSJ SL21655 de 2017.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos. La accionada en similares términos a los expuestos en la alzada, solicitando se revoque la decisión; y la parte actora, en procura de que se confirme lo decidido en primer grado con relación al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

### PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si el contrato a término fijo pactado inicialmente por escrito entre las partes, mutó a uno a término indefinido por decisión unilateral del empleador.

### CONSIDERACIONES

Al efecto, para resolver el primer problema jurídico, se tiene que los artículos 46 y 47 del CST, señalan que los contratos de trabajo pueden ser a término fijo o indefinido. El primero, en principio, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, y; el segundo, es el que no tiene pactado un término fijo.

Así pues, la duración del contrato es un presupuesto que el legislador permitió fuera negociado o acordado por las partes del contrato de trabajo, tanto en el contrato escrito como en el contrato verbal, como claramente lo definen los artículos 38 y 39 del CST, pues allí se faculta a las partes para acordar la duración del contrato, obviamente esta debe estar acorde con las prescripciones legales, pero el hecho de celebrar varios contratos de trabajo sea a término fijo o por obra o labor contratada, de manera voluntaria, sin que se afecte el vicio del consentimiento, bajo ninguna perspectiva de análisis puede variar por la simple perduración en el tiempo de la prestación del servicio del trabajador para el mismo empleador, en un contrato de trabajo a término indefinido.

Respecto a la renovación automática e indefinida que puede recaer sobre los contratos de trabajo a término fijo, la Corte Suprema de Justicia pacíficamente se ha pronunciado en el sentido que de darse tal situación, no se muta su duración a indefinida, sino que para que esta variación se genere, es necesario que las partes de mutuo acuerdo, hagan constar dicho cambio; es decir, se requiere que se acuerde entre las partes suscriptoras o que expresamente el empleador decida transformarlo y ese cambio sea aceptado expresamente por el trabajador. Así se ha predicado de antaño, verbigracia en la

sentencia CSJ SL rad. 11356 de 1999, CSJ SL Rad. 7325 de 1995, CSJ SL Rad. 11356 del 12 de febrero de 1999, SL15610-2016, y más recientemente, en la sentencia CSJ SL9643 de 2017, donde el Alto Tribunal recordó:

«[...] que su jurisprudencia ha sido uniforme en orientar que el contrato laboral a término fijo se puede renovar de manera sucesiva, porque así lo permite el artículo 46 del Código Sustantivo Laboral, que lo regula.

Al respecto, en la sentencia CSJ 35901 de diciembre 2 de 2001, expresó:

“De hecho la ley prevé que los contratos a término fijo se prorroguen automáticamente, si no se ha hecho oportunamente el respectivo preaviso; y aún en caso de que este se hubiera formulado, nada impide que se prescinda de él, y en lugar de que opere la prórroga se suscriba un nuevo contrato, sin solución de continuidad.”

E incluso, en un paso conceptual más adelante, la Sala también ha explicado que la sucesiva renovación del contrato laboral a término fijo, no lo trasfigura en uno a término indefinido. Así lo dejó consignado en la sentencia CSJ 19343 del 7 de febrero de 2003, cuando puntualizó:

“Consecuente con lo anterior, de ninguna manera puede pensarse por el recurrente que al demandante no se le podía dar por finalizado el vínculo contractual, luego de habersele dado el aviso que señala el precepto en comentario, porque de verdad que no le servía el argumento consistente en que mientras subsistieran las causas que le dieron origen, el vínculo permanecería vigente en el tiempo, lo que sería como cambiarle el término de fijo por el de indefinido sin más, cuando el precepto solo habla de renovación, que de ninguna manera cambia la naturaleza del contrato, lo cual solo depende del acuerdo de voluntades».

Así las cosas, ajustando dicho derrotero jurisprudencial al caso concreto, se tiene que la demandante inició a prestar sus servicios a favor de la accionada DIGITAL WARE el 17 de febrero de 2014, tal como se deduce del contrato individual de trabajo a término fijo obrante de folios 19 a 26 y 77 a 80, para desempeñar el cargo de JUNIOR CONSULTANT, y finalizó sin justa causa el 27 de febrero de 2019 según comunicación obrante a folios 13 y 81. Ahora bien, estima la entidad accionada que mutó dicho contrato a uno indefinido desde el mes de marzo de 2015 (fl. 55), sin embargo, luego de revisarse minuciosamente el expediente no se encuentra documento alguno del cual se desprenda, primero, que se le notificó a la demandante de esa mutación y a partir de cuándo; segundo, que la actora haya expresado su voluntad de acceder a la misma o aceptar expresamente esta. Los documentos que reposan de folios 82 a 88 relacionados con unas certificaciones laborales generadas del aplicativo SELF SERVICE, tampoco dan cuenta efectiva que desde esa fecha se le haya enterado a la demandante de dicha mutación, y aunque fue aceptado por esta en el interrogatorio de parte que las descargó de dicho aplicativo y el hecho de que haya guardado silencio respecto de si aceptaba la presunta modificación, no significa que tácitamente lo admitiera, incluso tal

circunstancia no puede derivarse de la prueba testimonial por ser una situación individual entre la trabajadora y su empleadora.

Debe decirse en este punto, que en sentir de la Sala, sin la aquiescencia expresa del trabajador para variar la modalidad del contrato, resulta ineficaz que el empleador a motu proprio la varíe, admitirlo, sería tanto como aceptar que frente a las cláusulas ineficaces, el trabajador inmediatamente las pacte tiene que solicitar su ineficacia, pues puede entender que sea eficaz, pero en la realidad no lo sea, por ser una cuestión contra derecho y por esa vía se atente contra sus derechos sociales mínimos e irrenunciables o, por lo menos, que atente contra el principio de ejecución de buena fe del contrato de trabajo previsto en el artículo 55 del CST.

Ahora, desde luego que no le asiste razón al recurrente al formular que es posible por parte del empleador, modificar la modalidad contractual en ejercicio del poder subordinante y/o del ius variandi, puesto que si bien debe entenderse como una facultad patronal emanada de la potestad subordinante del empleador que se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulación expresa, en el cual, el empleador «puede modificar por su cuenta alguna de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo» (Sentencia CSJ SL Rad.2643, 8 feb. 1989).

Al respecto, vale la pena traer a colación lo expuesto en sentencia CSJ SL1967 de 2020, donde el Alto Tribunal además de recordar la sentencia en cita, aludió al criterio expuesto en la CSJ SL, rad. 31701, 2 sep. 2008:

«Es claro entonces que siendo el ius variandi un derecho del empleador, en aquellos eventos en donde estime pertinente hacerlo efectivo, en principio no requiere de la anuencia o el consentimiento previo del trabajador, pues se itera, son facultades que el empleador puede ejercitar de manera unilateral, siempre y cuando, desde luego, no afecte el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador y al dimanar de la potestad subordinante del empleador se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulaciones expresas. Se trata de que el empleador puede modificar por su cuenta algunas de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo.

Así las cosas lo establecido en la cláusula séptima no es una limitación al ius variandi por parte del demandado, como lo afirma el recurrente, sino que, por el contrario, lo que ratifica es que siendo el contrato de trabajo consensual y bilateral, la variación de algunos elementos cardinales del mismo requieren del consentimiento de las partes, por ejemplo la mutación esencial del objeto del vínculo jurídico o el salario, pero ello no se refiere a todo cambio que en virtud del ius variandi emane del empleador, más aún cuando en el mismo contrato las partes aceptaron que el Consorcio Fopep, se “reserva el derecho a “asignarle al empleado otros cargos u oficios distintos que esté en capacidad de desempeñar”. (Resalta la Sala)».

Así pues, si bien los cambios y modificaciones que ejerza el empleador en ejercicio del *ius variandi*, no requieren aceptación expresa del trabajador, ello no cobija un cambio de contrato ni violación del mismo, como lo pretende hacer ver el recurrente.

Finalmente, le recuerda la Sala al recurrente que en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 61 del CPTSS, el juzgador puede apreciar libremente la prueba para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos con base en aquellos medios probatorios que más lo induzcan a hallar la verdad real, en donde las inferencias del juzgador mientras sean razonables y ajustadas a la lógica jurídica, gozan de la presunción de legalidad (Ver al respecto, entre otras, las sentencias CSJ SL, rad. 27569 de 2006 y CSJ SL1967 de 2020), ello para significar que la conclusión a la que aquí se llega, se acompasa con la valoración que se ha hecho de los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el citado artículo 61 del CPTSS, se encontró que en efecto, la accionada tomó una decisión unilateral en aras de modificar la modalidad contractual, acción no permitida por el ordenamiento legal laboral, en perjuicio de los derechos de la hoy demandante.

Así las cosas, al existir un contrato a término fijo por un lapso de un año, conforme al artículo 46 del C.S.T. citado previamente y los pronunciamientos jurisprudenciales, es claro que el mismo podía renovarse sucesivamente, sin que por ello se cambie su naturaleza, de tal manera que la última se presentó en los términos indicados por el a quo y que no fue objeto de alzada. No obstante, el empleador en uso de sus facultades, especialmente las que consagra el artículo 62 del CST, decidió terminarlo el 27 de febrero de 2019 de manera intempestiva y sin mediar justa causa por parte del empleador, y por ello se generó a su cargo la obligación de cancelar la correspondiente indemnización, la que conforme a los postulados del artículo 64 del C.S.T., debía equivaler al valor del salario del tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato. Tal y como lo dedujo el juez de primer grado de tal manera que debe confirmarse la decisión de primera instancia, al haberse agotado la competencia de la Sala pues este fue el único motivo de apelación sustentado oportunamente.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL  
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANA FELISA ORTIZ CABEZAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-006-2019-00368-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto del 2020.

ANTECEDENTES

La señora ANA FELISA ORTIZ CABEZAS promovió demanda ordinaria con el fin de que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento adicional del 14% por persona, dado su cónyuge a cargo, el señor RODOLFO CABEZAS SOTELO a partir del 01 de abril de 2009, fecha en la cual fue reconocida su pensión de vejez, de conformidad con lo señalado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990. Del mismo modo se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la demora injustificada en el reconocimiento de dicho incremento, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que mediante Resolución No. 023623 del 28 de mayo de 2009, el ISS le concedió pensión de vejez bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición señalados con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el Decreto 758 de 1990, a partir del 01 de abril de 2009 en cuantía inicial de \$1.361.523, liquidada teniendo en cuenta 1.750 semanas con una tasa de reemplazo del 90% del IBL. Que contrajo matrimonio con el señor



RODOLFO CABEZAS SOTELO el día 12 de julio de 1995, conviviendo desde entonces de manera permanente, continua e ininterrumpida. Añadió que el señor CABEZAS SOTELO sufre de una enfermedad degenerativa llamada «Parkinson», razón por la cual, no puede laborar o desempeñar algunas actividades lo que genera que requiera cuidados las 24 horas, dependiendo económicamente de ella al no percibir ingresos, pensión o renta alguna. Que se encuentra afiliado al sistema general de salud en condición de beneficiario. Finalmente informó, que el 19 de octubre de 2018, radicó derecho de petición solicitando el incremento pensional, siendo contestada por COLPENSIONES de manera negativa (fl.03 a 10).

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el incremento del 14% por cónyuge a cargo, mediante disposición normativa se encuentra derogado con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, posición confirmada por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019 en donde señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993, el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994, cuando el afiliado se encontraba inmerso en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de quien adquirió el derecho antes del 01 de abril de 1994, en tal sentido, indicó la imposibilidad de su reconocimiento. En todo caso, señaló que aun cuando no asumiera la posición interpretativa sobre la derogatoria de los incrementos pensionales consagrado en el acuerdo de 1990, en virtud de la excepción de prescripción, tampoco habría lugar a su reconocimiento, dado que la pensión se reconoció el 28 de mayo de 2009 y presentó reclamación administrativa el 19 de octubre de 2019, esto es, 9 años después. Formuló como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción», «la innominada» y «buena fe» (fls. 53 a 59).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 10 de agosto de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, a la accionante le fue reconocido el derecho pensional por COLPENSIONES en vigencia de la ley 100 de 1993, que la corte constitucional en sentencia SU 140 de 2019 señaló que los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 099 de 1990

desaparecieron para todos aquellos que adquirieron su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así las cosas y como quiera que a la accionante le fue reconocida la pensión de vejez en abril de 2009, encontró el juzgado que no le asistía derecho a la demandante para reclamar el incremento de 14% por persona a cargo, por ende las suplicas de la demanda no estaban llamadas a prosperar.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Colpensiones presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora por su parte, alegó que se debe reconocer el incremento pensional solicitado, porque se dan los presupuestos facticos exigidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar, eventualmente, si este se encuentra prescrito.

## CONSIDERACIONES

El derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desaparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional y por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueren reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima

lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que a la demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución No. 023623 de 2009 (fl. 17), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su cónyuge, el señor RODOLFO CABEZAS SOTELO.

La condición de cónyuge del antes citado, se acredita con el Acta de Matrimonio por el rito católico obrante a folio 13 del plenario, que da cuenta que la actora contrajo nupcias con el señor RODOLFO CABEZAS SOTELO por el rito católico el 12 julio de 1975.

En cuanto a la dependencia económica de RODOLFO CABEZAS SOTELO respecto de su cónyuge, se advierte que al proceso fueron aportadas las siguiente declaraciones extra proceso: WILMER GIRALDO BERNAL quien manifestó conocer de vista, trato y comunicación desde hace 20 años a la pareja, que contrajeron matrimonio en Villavicencio el 12 de julio de 1975, (fl. 38 y 39); GERMAN DARIO AMAYA ORTEGA informó que conoce de vista trato y comunicación desde hace 40 años al matrimonio, le consta que contrajeron nupcias el día 12 de julio de 1975 (fl. 40 y 41 ); finalmente HENRY NIÑO QUINTERO declaró conocer de vista, trato y comunicación a la pareja desde hace 13 años, por dicho conocimiento le consta que contrajeron matrimonio en Villavicencio el 12 de julio de 1975 (fl. 42 y 43); al unísono los tres declarantes manifestaron que el señor SOTELO CABEZAS actualmente padece de Parkinson, que a su edad no puede trabajar y no es pensionado. A dichas declaraciones se les asigna pleno valor probatorio, al no haber sido solicitada su ratificación por parte de COLPENSIONES.

Se concluye entonces que a las declaraciones anteriores se les asigna plena credibilidad, además de complementarse con la documental allegada (fls. 20 a 33), motivo por el que resulta creíble lo afirmado, siendo la razón por la que se colige la dependencia económica del cónyuge con relación a la demandante, máxime cuando esta afirmación no ha sido desvirtuada por la parte demandada.

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de

la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de haberse propuesto la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, donde surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante, lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de in dubio pro operario, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su

aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 1 de abril de 2009 a través de Resolución No. 023623 del 28 de mayo de 2009 (fl. 17), pero la reclamación administrativa solo fue efectuada ante Colpensiones el 19 de octubre de 2018 (fl. 16), es decir, con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, así la demanda se presentase el 12 de abril de 2019 (fl. 1), es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza de la pensionada demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, contrario a lo determinado por la juzgadora de primera instancia, que hay lugar a declarar probada la prescripción total y no la derogatoria orgánica del derecho reclamado, motivo por el cual no le asiste derecho a la demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional y la presentación de la demanda, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


### RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado LILY ESPERANZA SUAREZ ROJAS contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO-. Rad 110013105-008-2019-00065-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y las accionadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de septiembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES y MINHACIENDA (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora LILY ESPERANZA SUAREZ ROJAS, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuada en enero de 1996 a la Sociedad Administradora de Fondo Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.; en consecuencia, solicitó como pretensiones principales y subsidiarias se declare que siempre ha estado afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD y advirtiendo que no hubo solución de continuidad; adicionalmente, se le ordene la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras privadas. Por lo anterior, se ordene a COLPENSIONES, reactive su afiliación considerando para todos los efectos legales que siempre ha estado vinculada

al RPMPD, reciba los aportes y rendimientos devueltos por la AFP demandada, así como actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a su disposición.

Como consecuencia de lo anterior, se declare que tiene derecho a la pensión de vejez para el RPMPD, condenando a COLPENSIONES a su reconocimiento bajo los términos que por ley le correspondan; los intereses moratorios o la indexación. De otro lado, se condene al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÈDITO PÚBLICO anular cualquier posible emisión de bono pensional realizada a favor del fondo privado y, en consecuencia, retorne los dineros a COLPENSIONES; se condene a PORVENIR al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados, los cuales estimó en 200 SMLMV.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 07 de julio de 1959 y se afilió al RPMPD desde el 17 de abril de 1985 hasta enero de 1996, fecha para la cual se trasladó a la AFP PORVENIR, por no recibir información técnica y adecuada debido a que consideró que el RAIS era mucho más beneficioso que el régimen de prima media. Sin embargo, en razón a su edad y el monto para pensionarse resulta mucho más desventajoso. Por lo anterior, estimó que su consentimiento fue viciado, al verse desmejorado el monto de la pensión a la luz del Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta que es su voluntad trasladarse a COLPENSIONES por considerarlo más benéfico a sus intereses, aunado a que en julio del año 2016 cumplió los requisitos para pensión de vejez bajo la modalidad de RETIRO PROGRAMADO en el RAIS y la AFP PORVENIR, desde el año 2018 le proporciona a la demandante una mesada pensional de \$1.081.312. En cuanto a la asesoría que se le suministró, los promotores o asesores de la entidad demandada no contaban con capacitación alguna, que los acreditara o les permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente a la afiliada para que tomara la decisión de trasladarse; pues dichos asesores omitieron información relativa a los riesgos y desventajas de trasladarse de régimen; tampoco le informaron sobre su derecho de retracto, por el contrario la sometieron a engaño afirmándole que su condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPM desaparecería, haciendo alusión solo a las posibles ventajas que obtendría con el traslado al régimen privado. Mencionó que posteriormente, el 04 de septiembre de 2018 se presentó solicitud ante la AFP PORVENIR con el fin de que aceptara la nulidad de la afiliación, de igual forma se tramitó ante COLPENSIONES reclamación administrativa para que como consecuencia de la anulación se entendiera que siempre estuvo vinculada jurídicamente al RPMPD, cuya respuesta fue negativa. Ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, radicó solicitud con el fin que aceptara la nulidad de la afiliación, cuya respuesta fue igualmente rechazada. Por último, aseguró que la incertidumbre y falsa expectativa creada por los asesores



privados sobre el ingreso para subsistir después de la vida laboral, le generó gran impacto emocional, la introdujo en un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde a la calidad de vida que su salario le ha permitido tener junto con su núcleo familiar (Fls. 5 a 28).

### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias, arguyendo para tal efecto, que por mandato legal los afiliados pueden escoger el régimen de pensiones y una vez esta se haga, solo se podrá trasladar por una sola vez cada 5 años y con posterioridad a un año de vigencia de la Ley, para el caso, esto es en 2002, el traslado no se puede efectuar faltándole al afiliado 10 años o menos para cumplir la edad exigida para el derecho de pensión, situación presente en el actual litigio y por ende no es procedente realizar el pretendido traslado. De otro lado, la AFP debe remitir el respectivo bono pensional donde se incluya el saldo de la cuenta individual y los rendimientos, para luego hacer la respectiva aceptación del traslado de régimen. Adicionalmente, la señora LILY ESPERANZA SUAREZ ROJAS no es beneficiaria del régimen de transición al haberse trasladado al régimen de ahorro individual. Por último, señaló con respecto a los vicios del consentimiento, que los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian y en el presente caso a la demandante se le suministró información veraz y completa, acerca de las ventajas y desventajas entre ambos regímenes por parte de la AFP a la cual se encuentra afiliada, razón por la cual no se configuran los presupuestos de hecho para la declaratoria de nulidad y/o ineficacia. Presentó como excepciones de fondo, las de «Prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 87 a 97).

Por su parte, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias en razón a que la señora LILY ESPERANZA SUAREZ ROJAS se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR desde el 22 de enero d 1996. De otro lado, los engaños a los que se alude en la demanda, deben ser demostrados por la demandante para que el Juez pueda decretar una nulidad o ineficacia de la afiliación, además este decreto no es procedente, toda vez que la demandante ya es beneficiaria de la pensión por vejez anticipada de la AFP PORVENIR. Ahora bien, en razón al traslado de régimen de la accionante, se hizo beneficiaria del bono pensional, el cual ante solicitud de su AFP fue reconocido por esta entidad, bono que por motivos de actualizaciones periódicas que ha venido presentando COLPENSIONES, produjo una variación de tipo, procedió a re

liquidarlo con la historia laboral correcta y completa y hacer su respectiva emisión y pago; posterior a esto a través de vía telefónica la AFP informó que la demandante de manera libre y voluntaria, accedió a la pensión mediante la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, por lo que no resulta válido que pretenda la accionante después de más de 3 años el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada por parte de su AFP, igualmente el traslado de régimen opera solo para quienes son afiliados y la demandante cuenta con una pensión de vejez anticipada desde el año 2016, bajo la modalidad antes señalada. De no atenderse las razones anteriormente expuestas y se declare la nulidad o ineficacia, solicitó que la AFP PORVENIR y la demandante reintegren a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- y a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, los valores por concepto de bono pensional Tipo A, debidamente actualizada conforme al IPC desde la fecha del pago hasta el momento en que se realice el respectivo reintegro, esto porque de no reintegrarse estos valores se estaría generando un doble pago a cargo de la Nación quien por un lado erogó los recursos de dicho bono y por otro se encuentra a cargo del subsidio que tiene la pensión en el RPM. Respecto a los vicios del consentimiento, señaló, estos no se causan por desconocimiento de la ley, además la normatividad que regulan el RPM y el RAIS son claras en señalar las disposiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes; ahora de ser procedente algún vicio, este genera nulidad relativa que actualmente ya fue saneado; adicionalmente, la afiliada teniendo la oportunidad de regresar al RPM no hizo uso de su derecho, por lo que no es válido pretender después de tantos años volver a su antiguo régimen. Por otro lado, no se puede hacer uso del principio de irretroactividad de las leyes, ya que la obligación para las administradoras de conservar los soportes documentales de la doble asesoría recibida por los usuarios fue con posterioridad al hecho narrado. No se puede tampoco desconocer el principio de la estabilidad financiera ya que la no contabilización de un término prescriptivo para acceder a la solicitud de una nulidad o ineficacia conlleva a un desequilibrio económico del sistema general de pensiones y en especial en el régimen de prima media. Presentó como excepciones de fondo, las de «Inexistencia de la obligación», «imposibilidad del traslado por parte de pensionados», «saneamiento de los vicios del consentimiento», «anulación» y «buena fe» (Fls. 111 a 126).

Por último, la AFP PORVENIR contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias cuyo fundamento fue que no existen elementos facticos y jurídicos que conlleven a la declaratoria de nulidad o ineficacia ya que la señora LILY ESPERANZA SUAREZ ROJAS tomó la decisión de trasladarse en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna

índole y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la normatividad vigente para la época. Adicionalmente, la AFP cumplió con todas las obligaciones que le correspondían en materia de información, requisitos que no exigían los hechos reclamados en la demanda; de esta manera, la demandante contaba con plena capacidad legal para decidir el traslado, como se verifica en la suscripción del formulario. Señaló, no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado por ausencia de información completa, ni toda omisión en el deber de información afecta el consentimiento, ya que como ocurre en el presente caso no hay prueba de algún perjuicio y toda deficiencia conlleva a una nulidad pues esto dependerá de la incidencia que tenga para la conformación del acto. Adicionalmente sostuvo, es deber de los afiliados informarse acerca del acto jurídico que está por optar y teniendo la posibilidad de retrotraerse y volver al RPM, no lo hizo. Por último, arguyó, el actuar de la administradora siempre ha sido precedido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones fueron en virtud de las normas legales exigidos para la fecha. Presentó como excepciones de fondo, las 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» (Fls. 162 a 186).

Así mismo, PORVENIR S.A. interpuso demanda de reconvención, para ello manifestó que, en el caso de accederse a las pretensiones principales de la demanda, se condene a la demandante reintegrarle las sumas de dinero que se le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales desde el mes de noviembre de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexadas (Fls. 264 a 268). Demanda que fue admitida mediante auto del 18 de febrero de 2020 (fl. 300) y contestada por la señora ILIY ESPERANZA SUÁREZ con oposición a todas y cada una de las pretensiones, indicando no existe obligación de devolver lo pagado por mesadas pensionales percibidas (fls. 301 a 309).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 03 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la AFP PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, ordenó devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora LILY ESPERANZA SUAREZ ROJAS, tales como cotizaciones, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses. Condenó a COLPENSIONES aceptar todos los valores que le devuelva PORVENIR, efectuando los ajustes en la historia laboral de la actora; igualmente, que una vez se materialice el traslado de régimen proceda de forma inmediata a estudiar, reconocer y pagar de

forma indexada la pensión de vejez en favor de la demandante. Por otro lado, condenó a COLPENSIONES proceda a remitir los montos del retroactivo generado en favor de la demandante por el reconocimiento de la pensión y descuenta las sumas que por concepto de mesada pensional fueron canceladas por PORVENIR; de otro lado, ordenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a PORVENIR a realizar todas las gestiones necesarias para anular el bono pensional ordenando a PORVENIR remitir al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO las sumas de dinero que en virtud de dicho bono haya remitido de forma indexada. Absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que los afiliados al sistema de seguridad social tenían la facultad de elegir a cual régimen pertenecer, con 5 años mínimos de permanencia en dicho régimen y con la prohibición de trasladarse faltándole 10 años o menos de alcanzar la edad de pensionarse, que acogiendo la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta prohibición no es aplicable para los afiliados que a la vigencia de la Ley 100 contaran con 15 años de servicio y para el presente caso, la señora LILY ESPERANZA SUAREZ ROJAS al tiempo de solicitar el traslado al RPM ya estaba bajo la prohibición mencionada habiendo superado los 57 años, adicionalmente la actora no contaba con lo estatuido por la Corte Constitucional de contar con al menos 15 años de servicio. Respecto a la falta al deber de información por parte de la AFP PORVENIR, señaló que es una obligación que ha tenido preceptos normativos a lo largo del tiempo que ya advertían lo que hoy por hoy se conoce como el deber de información o buen consejo de tal forma que los usuarios tengan la posibilidad de tomar las decisiones más informadas. Advirtió que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en varias Jurisprudencias que la información amplia y suficiente que brinden las AFP´s debe ser acorde al caso particular del afiliado por lo que se le deben dar a conocer sus condiciones, características e incidencias de su pensión entre uno y otro régimen. Que los beneficiarios de la nulidad o ineficacia de la afiliación, no son únicamente los beneficiarios del régimen de transición sino como se mencionó se debe ver cada caso en concreto sin distinciones derivadas de la afiliación y lo que no se puede consentir es que el fondo haya incumplido con su deber de información, del buen consejo con sus afiliados; adicionalmente, son las AFPs quienes tienen la carga de la prueba y para el presente caso la AFP PORVENIR no arrojó prueba alguna del cumplimiento del deber de información, pues en nada quita que al momento de la afiliación se debió dar una información profunda, ya que la simple firma del formulario de afiliación, si bien acredita un consentimiento, no otorga la certeza de haber sido informado el interesado, falta de información que genera una ineficacia del traslado y conforme a ello, deben

volver las cosas a su estado anterior y por ende la devolución de todos los valores aportados por la demandante al RAIS.

En cuanto a la solicitud del reconocimiento del derecho pensional, señaló que la accionante cumple con los requisitos exigidos por Ley, y el derecho se encuentra causado desde el año de 2016 y frente a la duda que se tiene por la última cotización, se precisó que con motivo a la declaratoria de ineficacia, era procedente conceder el derecho pensional, por lo que COLPENSIONES una vez se materialice el traslado de régimen, debía estudiar, reconocer y pagar el derecho pensional a la demandante.

Por otro lado, frente a la demanda de reconvención, en torno a que la afiliada ya es beneficiaria de la pensión por parte de PORVENIR S.A., indicó que COLPENSIONES, del retroactivo generado en favor de la demandante por reconocimiento de la pensión debe descontar las sumas por concepto de mesadas pensionales que fueron canceladas por PORVENIR, teniendo en cuenta que se efectuó la emisión del bono pensional Tipo A en favor de la demandante. En cuanto a los intereses moratorios, advirtió que con la ineficacia y la no responsabilidad de COLPENSIONES para vincular a la actora, no hay lugar a los mismos; no obstante, una vez hiciera el reconocimiento de la pensión en favor de la actora, debían pagarse las sumas debidamente indexadas. Frente a la excepción de prescripción, señaló que la nulidad o ineficacia al tener relación con el derecho pensional resultaba imprescriptible.

### RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte ACTORA apeló parcialmente la sentencia, respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, toda vez que en los argumentos el despacho consideró que COLPENSIONES tiene un momento de «estudiar» este reconocimiento, lo que conlleva a un vacío de tiempo sin el reconocimiento de esta mesada pensional; en cuanto a realizar la devolución de los dineros pagados, arguye, deben formar parte de los daños causados ya que la demandante tuvo que trasladarse del país por las condiciones precarias a las que se vio sometida, por lo que solicita no se haga la devolución de estos montos, teniendo la administradora privada el deber de devolver todos los aportes asumidos por la actora como cotizaciones, bonos pensionales y demás montos adicionales con todos sus frutos e intereses. Por último, señaló debe revocarse lo relacionado con la no condena en costas, dado que las pretensiones principales fueron concedidas, siendo la condena en costas una de las pretensiones de la demanda y la entidad vencida debe asumir dichos gastos.

Por su parte, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. instauró recurso de apelación considerando que la afiliación de la demandante a este fondo privado fue

conforme a la Ley para el momento del acto, por lo que no puede acarrear a esta AFP el cumplimiento de una Ley que para ese momento no se había expedido, supliéndose con una información verbal y escrita mediante el formulario de afiliación que no puede ser desconocido, siendo este un requisito legal, además fue debidamente ratificado por la actora en el interrogatorio, contando además la actora con plena capacidad. Adicionalmente, la actora ya es beneficiaria de una pensión de vejez y no puede, después de 4 años pretender la nulidad del traslado cuando ya ha gozado durante todo este tiempo de los montos por la AFP, constituyendo un ánimo de permanencia por parte de la actora. Contando con 4 años de pensión, debe ser ella quien asuma la devolución de los montos por este concepto y debidamente indexados. En cuanto al bono pensional, la demandante estuvo de acuerdo, firmó un documento de acuerdo y contando para la fecha con plena capacidad de llevar a cabo ese acto.

Finalmente, el apoderado judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que la declaratoria de ineficacia se sustentó en el no aporte de prueba, lo cual no es cierto, teniendo en cuenta que se cumplió con el deber de información y buen consejo, se aportó el interrogatorio de parte y que si bien el Despacho no consideró como prueba el formulario de afiliación, este mismo debe tenerse en cuenta como valor probatorio puesto que al momento del traslado de la actora no existía obligación de archivar documentación y a la fecha no existe ningún otra prueba que certifique el deber de información al momento de afiliación y tampoco fue tachado de falso, por ende debe tenerse este traslado como válido además porque la parte actora no demostró ningún vicio del consentimiento. Agregó, el desconocimiento del deber de información es válido, siempre que se demuestre hubo algún tipo de engaños o maniobras, que para el caso no se demostraron, ni algún tipo de perjuicio. Adicionalmente, el tiempo que transcurrió para elevar la solicitud de traslado de régimen, sólo ratifica su intención de estar vinculada al régimen privado. Por último, solicitó se estudie lo concerniente a la condena del pago de COLPENSIONES a un pago retroactivo pensional a favor de la demandante, por mesadas pensionales que ha hecho la AFP PORVENIR.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., presentaron alegatos en similares términos a los de la alzada, solicitando que se revoque la decisión de primer grado y se les absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Asimismo, se pronunció el MINISTERIO DE

HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO en términos parecidos a los de la contestación de la demanda, indicando que el fallo de primera instancia debe ser revocado. Finalmente la parte actora, aportó copia de la sentencia CSJ STL8713-2020.

### PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

### CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. aportando medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al afiliado, respecto a las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Todo lo anterior, con independencia de que el afiliado sea o no beneficiario del régimen de transición o contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debe suministrar al momento del traslado de régimen pensional.

Sin perjuicio del anterior escenario y del marco de referencia decisional descrito, ya descendiendo al caso de autos, se evidencia que la hoy demandante en efecto cotizó al RPMPD ante el ISS entre el 17 de abril de 1985 y el 30 de enero de 1996 (fls. 41, 198 a

---

forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".



201). Por otra parte, el 22 de enero de 1996, suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (fl. 30); el 26 de septiembre de 2016 radicó ante PORVENIR S.A. reclamación de la prestación por vejez, suscribiendo, asimismo, contrato de retiro programado para el pago de mesadas adicionales (fls. 250 a 263 y 281 a 285). En ese orden, el 13 de enero de 2020 se expidió por la AFP PORVENIR S.A. certificado donde informa que reconoció pensión por vejez normal a partir del 04 de noviembre de 2016 a favor de la accionante, bajo la modalidad de Retiro Programado desde dicho mes (fl. 190), lo cual se corrobora según comunicación obrante a folio 255, mediante la cual se le informa a la hoy demandante sobre la aprobación de la solicitud pensional y que el valor de la mesada para el año 2016 sería de \$1.135.257 y con la comunicación vista a folios 262, se le informa que la mesada para el año 2019 será de \$1.239.778. Aspectos que por demás no fueron controvertidos por la accionante. Respecto a dicho reconocimiento pensional por vejez y desde esa fecha, se advierte que la actora dejó de ostentar la calidad de afiliada, pues se consolidó a su favor el derecho pensional.

Frente a la condición de pensionado de la demandante, esta Sala de Decisión ha sido reiterativa en el sentido de indicar que la ineficacia del traslado, opera para quienes ostentando la calidad de afiliados, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de afiliación que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de la seguridad social.

Al respecto, es menester acotar que la Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que «La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”)».

Ahora bien, al haber aceptado la accionante la pensión que le fuera reconocida por la AFP PORVENIR S.A. por solicitud propia, dejó de ostentar la calidad de afiliado al sistema de seguridad social, para consolidarse en su favor la condición de pensionado por vejez en los términos y modalidades seleccionadas en el RAIS; precisándose que las calidades de afiliado y pensionado resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido un criterio a considerar en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Verbigracia, el artículo 107 de la

Ley 100 de 1993 permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado «no haya adquirido la calidad de pensionado», normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que «Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado» (Resaltado propio).

En ese orden de ideas, estima la Sala de Decisión en este evento, que el hecho de haber solicitado y aceptado la pensión de vejez en el RAIS, hizo perder a la demandante la calidad de afiliada, aunado a que dicho reconocimiento data del mes de noviembre de 2016, con mucha anticipación a la presentación de la demanda judicial que ocupa la atención de la judicatura, tiempo durante el cual se ha beneficiado de la prestación económica, por lo que no se puede estimar que su derecho pensional se haya visto restringido o conculcado, como presupuesto para acceder a las pretensiones formuladas.

Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la SL CSJ en materia de personas que habían adquirido el derecho pensional contienen supuestos fácticos diferentes al del presente evento. En efecto, la SL CSJ en sentencia con Radicación No. 31314 del 9 de septiembre de 2008 trató el caso de un pensionado quien se trasladó del RPM al RAIS cuando había cumplido 62 años de edad, y se encontraba, por ende, en la prohibición legal de trasladarse, situación fáctica disímil del presente evento, en el cual, la accionante verificó el traslado cuando le faltaban más de 17 de años de edad para poder acceder a la prestación de vejez.

En el presente evento, la accionante para la fecha de su traslado del RPM al RAIS no tenía prohibición legal alguna para verificarlo, al faltarle más de 17 años para llegar a la edad mínima para acceder al reconocimiento pensional en el RPM, pese a lo cual, una vez en el RAIS, la actora solicitó y aceptó libre y voluntariamente la pensión ofrecida por PORVENIR S.A. en la modalidad de retiro programado, de la que viene disfrutando incluso desde antes de presentar la demanda que ocupa la atención de la Sala.

Desde otra perspectiva, la sentencia CSJ SL en sentencia con radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, también analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el RAIS, señalando que «es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención», supuesto fáctico que también es disímil al del presente evento, pues se reitera, la accionante en este juicio no había consolidado su derecho a la pensión de vejez en el RPM para la fecha del traslado en 1996, al faltarle para el efecto 20 años de edad.

En ese orden de ideas, como esta acción judicial no es formulada por un afiliado, sino por quien ya alcanzó el derecho pensional, verificándose el traslado al RAIS sin que medie en su caso en particular una prohibición legal para retornar al RPM, como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados y el haber diligenciado y aceptado la pensión por el RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. e incluso contando con su consentimiento al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado con Porvenir S.A., impiden acceder a la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional como otrora afiliada del sistema de seguridad social en pensiones, al no detentar, al momento de la demanda judicial, dicho status jurídico, pues esa calidad la perdió cuando adquirió el de pensionada, con lo cual se presenta una clara e inequívoca inexistencia del derecho reclamado.

En ese sentido, se revocará íntegramente la decisión de primer grado, para en lugar, absolver al extremo accionado de las pretensiones incoadas por la parte actora. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. Las de primera instancia, corren a cargo de la parte actora.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver al extremo accionado de las pretensiones incoadas por la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia, corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL  
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ELEUTERIO REYES BELTRÁN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-028-2019-00498-01.

En la fecha, con la finalidad de surtir el recurso de apelación, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida 08 de septiembre de 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor ELEUTERIO REYES BELTRÁN, promovió demanda ordinaria con el fin de que se le ordene COLPENSIONES le reconozca su derecho de incremento del 14% en el monto de su pensión de vejez, por persona a cargo (cónyuge) y los valores que correspondan por el mencionado derecho de manera retroactiva.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que el día 5 de mayo de 2012, radicó ante el SEGURO SOCIAL (Hoy Colpensiones), derecho de petición para que por ese medio se le reconociera su derecho al incremento pensional del 14% por concepto de persona a cargo (Cónyuge), el cual fue respondido negativamente bajo el argumento que tales incrementos desaparecieron de la vida jurídica a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, porque hacen parte de una norma derogada aunque no sea expresa, desconociendo que se debe aplicar el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el cual establecía unos incrementos a las pensiones que reconocía el ISS; sin embargo, sostuvo que dichos incrementos hacen parte de Derechos Adquiridos y que no se perdieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como lo afirmara el ISS. Señaló que su esposa ANA LAUDICE

ALVARADO PEÑA, depende económicamente de él, no se encuentra trabajando, no percibe ningún tipo de ingresos y no está disfrutando de ningún otro derecho pensional. Que el principio de favorabilidad y acogiendo la posición de la Sentencia T-831 del 2014, la Corte Constitucional afirmó que ese incremento es imprescriptible, es decir, puede solicitarse en cualquier momento; y de acuerdo con la Sentencia T-369 del 18 de junio de 2015, la negativa a su reconocimiento y pago viola los derechos a la vida digna y seguridad social del pensionado y su pareja. Que la afectación del mínimo vital es más grave cuando se trata de dos personas adultas mayores que dependen de aquel ingreso y son sujetos de especial protección constitucional; que, en la mencionada sentencia, la corporación aclaró que tal aumento no es una prestación vitalicia, pues su persistencia está supeditada a que se sigan presentando las causas que le dieron origen, de lo contrario, se extingue. Agregó que como precedente, frente a este tema, la Corte Constitucional recordó que ella no ha definido un precedente unívoco y, por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí ha defendido la prescripción de tal prestación en los tres años siguientes al reconocimiento de la pensión, al considerar que no hace parte de esta. En el caso concreto de dicha sentencia, la corporación ordenó al tribunal de instancia proferir una nueva providencia que tenga en cuenta la tesis ahora adoptada por ella, en un proceso ordinario laboral iniciado por una persona de 81 años que, junto con su cónyuge, dependen únicamente de la pensión mínima del peticionario para subsistir, y a quien la prestación le fue negada con base en la otra postura. En ese orden, advirtió, no es de buen recibo lo manifestado por el SEGURO SOCIAL de que ese derecho a los incrementos haya desaparecido con la sola entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por el contrario, a la entrada en vigencia de dicha norma se hizo beneficiario de la ley de transición pues contaba para ese momento con 43 años. De igual forma desde que se aplica el Acto Legislativo 01 de 2005, para ese segundo momento ya contaba con 1.619,46 semanas cotizadas (fl. 02 a 06).

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones como quiera que los incrementos pensionales fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que la causación del derecho a la pensión de vejez por parte del demandante fue con posterioridad al 01 de abril de 1994, se colige que no causó el derecho y resulta improcedente condena alguna por dicho concepto, de conformidad con la sentencia de unificación emitida por la Corte Constitucional SU 140 de 2019. Propuso como excepciones de mérito las de «buena fe», «Inexistencia del derecho», «incompatibilidad intereses moratorios e indexación», «prescripción», «Cobro de lo

no debido», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público» e «Innominada o genérica» (Fls. 23 a 27).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 08 de septiembre de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que si bien el demandante probó que le fue reconocida una pensión de vejez bajo la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con Resolución 124067 del 13 de octubre del año 2011, teniendo como base el Acuerdo 049 de 1990, precisó que conforme a la sentencia SU140 DE 2019, los incrementos pensionales del 14%, sufrieron una derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que quiere decir que aquellos afiliados pese a que se les hubiere reconocido el derecho pensional con fundamento en normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y específicamente el Acuerdo 049 de 1990, no se les puede reconocer el incremento del 14% a menos que hubiesen causado su derecho pensional antes de la entrada en vigencia de dicha ley, en tal sentido, como el reconocimiento pensional del actor se dio a partir del año 2011, ya no se encontraba vigente el incremento deprecado, de manera que no le asistía derecho al demandante a reclamarlo.

### RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que si bien indicó que la derogatoria orgánica lo que debió haber buscado fue un beneficio, no puede ser un perjuicio para los usuarios de COLPENSIONES; que en la sentencia C-159 de 2004 se examinaron los artículos 71 y 72 del Código Civil que contemplan la figura de la derogación, así como el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 que establece la derogatoria orgánica, según la cual la nueva Ley realiza una mejora frente a la antigua, lo cual no ocurre en el presente caso, pues se atenta contra los intereses y unos derechos adquiridos. Por lo anterior, no está de acuerdo con la decisión de la a quo, reiterando que debe estar favorecido del incremento solicitado, que era un derecho adquirido por el accionante.

### SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar si este se encuentra prescrito.

## CONSIDERACIONES

El derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desaparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueron reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución No.124067 del 13 de octubre de 2011 (CD fl. 33), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su compañera a cargo, la señora ANA LAUDICE ALVARADO PEÑA.

Frente a la condición de cónyuge de la antes citada, se acredita con el certificado de Registro Civil de Matrimonio obrante a en el expediente administrativo de folio 33



del plenario, que da cuenta que el actor contrajo nupcias con la señora ANA LAUDICE ALVARADO PEÑA desde el 26 de diciembre de 1981.

En cuanto a la dependencia económica de la mencionada señora respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso únicamente se aportó certificación expedida por la UGPP donde se indica que no se encuentra pensionada (fl. 16) y certificación expedida por la EPS FAMISANAR (CD fl. 33), por manera que, salvo la declaración extra proceso rendida ante notario por el actor y su cónyuge, no existen elementos de juicio suficientes para determinar la referida dependencia económica y lo dicho en esa declaración al respecto no puede ser atendido, por cuanto ello sería fabricar su propia prueba. Además los citados documentos, tal y como se indicó en la sentencia CSJ SL809-2020, «solo da cuenta de esa particular situación, consistente en que la cónyuge del actor no disfruta de una pensión a cargo de esa entidad de seguridad social, pero ello no descarta que disfrute de una pensión por cuenta de otra AFP, como tampoco que labore o que tenga alguna fuente de ingreso, ni permite inferir que en el evento en que efectivamente carezca de algún medio de subsistencia, que sea realmente su cónyuge el encargado de brindarle lo necesario para llevar una vida digna».

Así las cosas, precisa la Sala que en los términos del artículo 167 del CGP, es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, quien debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba, con lo cual tal conclusión resultaría suficiente para confirmar la decisión de primera instancia, pues es requisito ineludible para quien aspire al incremento pensional citado, el demostrar que su cónyuge o compañera permanente depende económicamente del pensionado.

Ahora bien, en gracia de la discusión, si se tuviese por superada tal exigencia, se llegaría a conclusiones similares, como se considerará a continuación:

En tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas

que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de haberse propuesto la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Al respecto la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido de que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de in dubio pro operario, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias

legales y no simplemente con el status de pensionado; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 13 de agosto de 2011 a través de la Resolución 124067 del 13 de octubre de 2011 (CD fl. 33), la cual le fue notificada el 02 de enero de 2012 (CD fl. 33), la reclamación administrativa fue efectuada ante Colpensiones el 11 de mayo de 2012 (fls. 8 y 09), pero como la demanda solo vino a ser presentada el 22 de julio de 2019 (Fl. 19), es decir, posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debía prosperar, pues éste atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisonal y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, a diferencia de cómo lo determinó la juzgadora de primera instancia, que no hay lugar a conceder los incrementos pensionales por persona a cargo, en razón a que el demandante no probó la dependencia económica de su cónyuge respecto de él, y en todo caso, de haberse demostrado, había lugar a declarar probada la prescripción total y no la derogatoria orgánica del derecho reclamado, motivo por el cual, tampoco le asistiría derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo trascurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional, la reclamación del derecho y luego la presentación de la demanda, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación, pero por las precisas razones expuestas anteriormente.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de LEONIDAS CARREÑO OVALLE y GILBERTO REY CASTELLANOS contra CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA Y OTROS. Rad. 11001 31 05 015 2014 00482 02.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto puesto a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES

Los ciudadanos LEONIDAS CARREÑO OVALLE y GILBERTO REY CASTELLANOS, a través de apoderado judicial, solicitan que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial UAERMV y que la sociedad CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA debe responder de manera solidaria por las acreencias laborales pretendidas, en tanto que dicha empresa conformó el Consorcio Luz, quien fungió como intermediaria de la actividad laboral prestada. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a los demandados a reconocer y pagar a los actores salarios adeudados, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, y a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indican que las empresas Cortázar y Gutiérrez Ltda. y Asfaltos la Herrera SAS conformaron el Consorcio Luz. Posteriormente, el Consorcio Luz fue contratado por la UAERMV para ejecutar las obras de mantenimiento vial en la ciudad de Bogotá, durante la ejecución de dicho contrato, fue el Consorcio Luz el que suministró personal para el mantenimiento de la malla vial de Bogotá a la UAERMV, dentro de este personal se encontraba el señor Leónidas Carreño Ovalle, quien inició su relación laboral el 17 de enero de 2012 hasta el 21 de septiembre del mismo año, su labor fue la de conductor de los vehículos que transportan material necesario para el mantenimiento de la malla vial, automotores

que fueron suministrados por el CONSORCIO LUZ; y en el caso del señor Gilberto Rey Castellanos, fue igualmente contratado laboralmente por el Consorcio Luz, relación que inició el 07 de febrero de 2012 y hasta el 09 de agosto del mismo año, desempeñando las mismas funciones anteriormente descritas, resaltando que ambos trabajadores prestaron sus servicios de manera personal, cumpliendo el horario de 7:00am a 4:00pm y ante el incumplimiento de estas jornadas, se formulaba llamado de atención por parte de los representantes de la UAERMV, por lo cual debían también registrarse en una planilla de ingresos y salidas.

Aunado a lo anterior, refirieron los demandantes que existía un grupo de personas representantes de la UAERMV, quienes les daban instrucciones de las actividades que debían realizar, que la infraestructura destinada para la ejecución de sus labores era suministrada por la UAERMV, mientras que los instrumentos de trabajo fueron suministrados por el Consorcio Luz y, eventualmente, por la UAERMV, que la logística para el desarrollo de las actividades eran igualmente estructuradas por ambas entidades, pero el beneficiario de los servicios prestados por ambos trabajadores era la UAERMV.

En cuanto a la remuneración de los trabajadores, afirman que el señor LEONIDAS CARREÑO OVALLE devengó la suma de \$759.000 mensuales, sin embargo, al finalizar el contrato el empleador le adeuda sumas de dinero por concepto de salarios por 51 días comprendidos entre el 01 de agosto y hasta el 21 de septiembre de 2012, esto es \$1.290.300, las primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías por el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2012 hasta el 21 de septiembre de 2012. Respecto del señor GILBERTO REY CASTELLANOS, la remuneración promedio mensual durante la vigencia del contrato fue de \$759.000, no obstante, a la terminación del contrato el empleador le adeuda días de salario correspondientes a \$1.290.300, así como la prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las mismas por el periodo comprendido entre el 07 de febrero de 2012 hasta el 09 de agosto de 2012; que ambos trabajadores no fueron afiliados al sistema de seguridad social durante la vigencia de todo el contrato.

Por último, indican que los actores realizaron las respectivas reclamaciones ante la Secretaría de Movilidad para el pago de los conceptos solicitados, cuya respuesta fue que estos trabajadores no eran empleados de la entidad aludiendo a un acto administrativo tendiente a la orden de pago de los valores reclamados y mencionados anteriormente (fls.25 a 39 y 43 a 49, 190 a 204).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La pasiva UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL –UAERMV-, contestó la demanda inicial, así como la reforma de la demanda, oponiéndose al reconocimiento de las pretensiones invocadas en el libelo introductorio, por cuanto con los demandantes no existieron contratos de trabajo, razón por la que no hay lugar a reconocimiento y pago de las acreencias laborales invocadas. A su turno, propuso las excepciones previas de «ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales», «falta de reclamación administrativa», «ilegalidad de la reclamación administrativa allegada para la admisión de la demanda», «falta de competencia» y «prescripción». Como excepciones de mérito, formuló la de «prescripción», «cobro de lo no debido»,

«inexistencia de la obligación», «pago», «temeridad y mala fe del demandante», y la «genérica» (fls.77 a 109 y 269 a 291).

A su turno, la demandada CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., contestó la demanda a través de curador ad litem, quien se opuso al reconocimiento de las reclamaciones invocadas en la demanda. Sobre los hechos manifestó que se atiene a lo probado pues no le constan. Propuso la excepción de «prescripción, «inexistencia de mala fe del demandado» (fls.390 a 397)

La llamada en garantía, PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, empero, aceptó la suscripción de póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, cuyo tomador fue el Consorcio Luz conformado por las empresas Cortázar y Gutiérrez Ltda. y Asfaltos la Herrera SAS., cuyo asegurado fue UAERMV, entidad que no obró como empleador y que no es responsable solidaria de las obligaciones pretendidas en la demanda. Propuso las excepciones previas de «ineptitud de la demanda por falta del requisito de procedibilidad previo a la demanda, por no presentación adecuada de la reclamación administrativa por parte de los demandantes» y la de «ineptitud del llamamiento en garantía propuesto por UAERMV». Como excepciones de mérito formuló la de «la prescripción», «cobro de lo no debido», «inexistencia de la obligación», «pago de la obligación» y «genérica» (fls.308 a 322).

#### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en decisión proferida el 14 de febrero de 2020, declaró que entre el CONSORCIO LUZ y los demandantes existieron dos contratos de trabajo, como consecuencia de lo anterior, condenó a la demandada CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA a pagar el 50% a favor del señor LEONIDAS CARREÑO por concepto de prestaciones sociales la suma de \$538.719 y al señor GILBERTO REY CASTELLANOS la suma de \$342.059 por concepto de salario y prestaciones sociales; así mismo, condenó a la sociedad citada a pagar a favor de cada uno de los demandantes la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST. Adicionalmente, condenó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL solidariamente a responder y pagar los conceptos anteriormente descritos. Condenó a la sociedad llamada en garantía PREVISORA S.A., al reintegro a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL de las sumas a las que ésta entidad fuere condenada, siempre que el valor no supere el límite asegurado. Declaró probada la excepción de pago parcial propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y como no probadas las demás invocadas. Por último, decidió condenar en costas a las demandadas CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que conforme a las pruebas aportadas como las declaraciones de los demandantes, los pagos realizados por el Consorcio Luz, los contratos de trabajo y la certificación frente al señor LEONIDAS CARREÑO, permiten concluir que el verdadero empleador fue el consorcio citado, por lo cual declaró la existencia de la relación laboral entre cada uno de los demandantes y el Consorcio Luz. En cuanto al salario devengado por los

demandantes, consideró que se tiene claridad de este valor mensual respecto del señor LEONIDAS CARREÑO, no obstante, el señor GILBERTO REY como no cumplió la carga de la prueba que sustenta el salario mencionado, se tuvo como tal el salario el mínimo legal vigente para el año del 2012. De otro lado, de las prestaciones sociales aludidas en la demanda como adeudadas, señaló el Despacho que siendo estas un derecho de los empleados y una obligación de los contratantes, procedió a concederlos y liquidarlos a favor de los actores, además porque es el empleador quien tiene la carga de la prueba de demostrar que efectivamente cumplió con el pago de estas acreencias laborales y en el caso no se hizo, por lo cual procedió a su liquidación.

Por otro lado, consideró que dada la conformación de Consorcio Luz y ante la desvinculación de ASFALTOS LA HERRERA del proceso, solo estando CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA, precisó que la condena corresponderá al 50% de cada uno de los valores indicados en la providencia para cada uno de los demandantes y a cargo de CORTAZAR Y GUTIERREZ. En cuanto a la indemnización moratoria se precisó que no se observó la buena fe del empleador ya que la incompleta liquidación a sus trabajadores fue con motivo a su insolvencia y esta circunstancia no es excusa del no pago que por derecho les correspondía, por lo que no se puede exonerar del pago de la sanción moratoria en un 50% conforme al argumento antes expuesto.

Respecto a la solidaridad de la UAERMV frente a las condenas del Consorcio Luz, declaró a esta solidariamente responsable al encontrar acreditados los requisitos establecidos en el artículo 34 del CST y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Por último, referente a la responsabilidad que le asiste a la compañía PREVISORA SA, indicó que en el presente caso la póliza tiene vigencia y cubriría gastos por el no pago de acreencias, la cual fue ampliada por parte del Consorcio Luz, por lo que el cubrimiento de los siniestros ascendió, manteniéndose vigente la póliza, motivo por el cual condenó a la compañía Previsora S.A. al reintegro o pago, a favor de la UAERMV, como ente garantizado, de los valores que tuviere que pagar como consecuencia de las condenas proferidas en el presente asunto, precisando que si en otros procesos se ha cubierto el límite asegurado por la aseguradora por el mismo concepto, no será responsable del pago o lo será hasta cubrir el monto.

## RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de los demandantes, interpuso recurso de apelación solicitando que las condenas respecto del Consorcio sean sobre todos los montos dictados, que no se tenga en cuenta que solamente se condenó a CORTAZAR porque ellos deben responder solidariamente, y de cualquier manera esta situación resulta irrelevante para las condenas; así mismo, peticiona que la indemnización moratoria del señor Leónidas debió haber sido por 24 meses e intereses a continuación conforme lo establece el artículo 65 del CST, y en el caso del señor Gilberto hasta que se pague la totalidad de salarios y prestaciones adeudadas.

Como fundamento de su petitum, el recurrente considera que CORTAZAR y ASFALTOS deben responder de manera solidaria por cuanto acordaron compartir el riesgo y las ganancias, o de no ser así hubieran creado una unión temporal y así respondería cada una por su participación contrario a los consorcios que contratan con el Estado, por lo que la responsabilidad es solidaria.



Así mismo, indicó que el Despacho limitó la indemnización moratoria de los actores hasta el momento del pago parcial efectuado, aun cuando dicho pago fue después de casi dos años de la terminación del contrato y teniendo pleno conocimiento del valor que adeudaban, omitiendo el pago de las prestaciones sociales porque dichos pagos no está acreditado que se hayan realizado. De igual forma indicó que, la UAERMV lo que hizo fue utilizar la figura de la intermediación que está proscrita según Decreto 583 de 2016, y no puede aducirse buena fe con el uso de esta figura, y no realizó el seguimiento de los montos dirigidos al pago de la seguridad social de los trabajadores, por el contrario hizo un giro a la sociedad Capital Factor y muy probablemente por esto no realizó los aportes al sistema de seguridad social, por lo que no es dable alegar su propia culpa en su favor.

Por último, afirmó que en el presente asunto no se debe abrir una brecha que le permita a los empleadores agredir los derechos del trabajador, al decir que con el pago parcial para la indemnización moratoria y ello tenerse como buena fe, lo que queda claro es que le está debiendo plata estos y máxime a sabiendas de cuanto se le debía como en este caso, entonces no se puede abrir una vía jurisprudencial para que el empleador pague lo que a bien quiera, cuando el artículo 65 dice que cumple con su obligación consignando la cantidad que confiesa deber, es porque tiene un fundamento claro, una situación contundente para sostener su posición, pero aquí sabían cuánto les debían y les pagaron lo que a bien tuvieron.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte demandada la UAERMV manifestó su oposición frente a la decisión adoptada, pues señaló que debido a la buena fe de la unidad, esta no debe ser condenada al pago solidario de la indemnización moratoria, por cuanto en el proceso de liquidación del Consorcio Luz hizo partícipe a los trabajadores y por ello realizó una consignación parcial de los aportes de los actores a fin de evitar inconvenientes futuros en las nuevas afiliaciones por la mora generada por la omisión del consorcio.

Aunado a lo anterior, manifestó que la unidad no realizó intermediación por cuanto la Ley 80 no prohíbe contratar a ninguna entidad pública actividades relacionadas con su misionalidad, y la unidad no cuenta con el suficiente personal para cubrir sus frentes de obra, y ello no depende directamente de la entidad por cuanto depende de una decisión del Consejo Distrital para ampliar la planta de personal, por ello la contratación directa de la entidad depende de un tercero, y en el contrato de obra suscrito con el Consorcio Luz se dejó claro que no era un contrato de suministro de personal, y que la vinculación de las personas para su ejecución era directamente con el consorcio citado y no con la entidad.

A su turno, la apoderada judicial de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, interpuso recurso de apelación, coadyuvando los argumentos presentados por la apoderada judicial de la UAERMV, respecto a la solidaridad, teniendo en cuenta que no está clara la existencia de esta figura dentro del proceso debido a que no se reúnen todos los requisitos para que efectivamente se pueda aplicar en el caso concreto. En segundo lugar, la condena a la sanción moratoria, no se le puede imponer a la Unidad debido a que fue esta la que realizó pagos parciales, demostrando su buena fe; por esta razón tampoco se le puede adjudicar a la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS esta solidaridad ya que debe demostrarse la mala fe y en este proceso no se probó. Además se está generando perjuicio a los derechos de PREVISORA S.A.

como aseguradora de la Unidad, puesto que no se conoce las entidades vinculadas con el CONSORCIO LUZ, quienes son las verdaderas empleadoras e igualmente refiere los términos por los que fueron contratados los trabajadores y de esta manera el primero llamado a responder por estas obligaciones laborales es el primer empleador, es decir el CONSORCIO LUZ.

Igualmente, la apoderada judicial de la llamada en garantía Previsora S.A., interpuso recurso de apelación, indicando que coadyuva los argumentos presentados por la apoderada judicial de la UAERMV respecto a la solidaridad indilgada, ya que no se configuran los elementos para declararla. De otro lado, frente la condena por indemnización moratoria consideró que no se demostró la mala fe, ya que esta al momento de la liquidación del contrato de obra al efectuar pagos parciales tratando de proteger los derechos laborales de los trabajadores, desvirtúa así la mala fe de la UAERMV.

Por otro lado, indicó que el A quo no se pronunció sobre la excepción de que existió una nulidad del contrato del seguro por violación de la garantía contenida en la cláusula 18 de las condiciones generales de la póliza única de cumplimiento No 3000996, toda vez que quedó probado que la sociedad ASFALTOS LA HERRERA se encontraba en liquidación judicial y la unidad no se hizo parte del proceso de liquidación dentro de los términos establecidos en la ley, siendo este un proceso reglado y ha generado una violación grave como asegurado en la medida que está afectando los derechos de la Previsora al no poder ser parte dentro del proceso liquidatorio.

Adicionalmente, indicó que no se vinculó al proceso a las sociedades que conformaron el Consorcio Luz quienes fueron las verdaderas empleadoras de los demandantes, razón por la cual se quedan sin fundamento las pretensiones de esta demanda pues se desconocen los términos en que se hizo la contratación de los actores, por lo tanto su presencia en el proceso era indispensable para resolver sobre el fondo del asunto.

Por último, manifestó que sobre la cobertura de la póliza, existen en este momento varios procesos con las mismas pretensiones por lo cual el valor asegurado se va actualizando de manera permanente, lo que se deberá tener en cuenta en el evento en que se confirme el fallo.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora y la previsora S.A. compañía de seguros presentan alegatos en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia.

## PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el recurso de apelación interpuesto por las partes, por cuestiones metodológicas se abordará como primer problema jurídico si existe solidaridad entre las sociedades que conformaron el Consorcio Luz en el pago de las

condenas impuestas por el A quo, así mismo, se deberá analizar si era necesaria la concurrencia de todos los integrantes del consorcio para resolver de fondo el presente litigio, así como la procedencia de la solidaridad de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial UAERMV en el pago de las condenas concedidas, y la responsabilidad de la Previsora S.A. frente a las mismas.

Dilucidado lo anterior, se estudiará la procedencia de los demás puntos del recurso de apelación, relacionados con la procedencia y cuantificación de la indemnización moratoria, la aplicación de la prescripción de los derechos de los demandantes, y la aplicación de la póliza a favor de la UAERMV.

### CONSIDERACIONES

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute la existencia de los contratos de trabajo entre el CONSORCIO LUZ y los demandantes LEONIDAS CARREÑO entre el 17 de enero de 2012 y el 21 de septiembre de 2012 y con GILBERTO REY CASTELLANOS entre el 7 de febrero de 2012 hasta el 9 de agosto de 2012, y la remuneración devengada por estos, aspectos que fueron declarados por el A quo y que no fue objeto de recurso de alzada.

Aclarado lo anterior, en primer lugar, la Sala de Decisión procede a analizar el tema relacionado con la responsabilidad de las sociedades que constituyeron el Consorcio Luz frente a las condenas impuestas por el juzgador de primer grado, y a fin de zanjar las dudas sobre la necesidad de vincular a todas las personas jurídicas para resolver el proceso de la referencia; así mismo, la eventual solidaridad de la UAERMV en las condenas impuestas al Consorcio Luz.

Al respecto, se debe recordar que no es objeto de reparo que el CONSORCIO LUZ está integrado por las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., situación declarada por el A quo que no fue discutida en esta instancia y que se acredita a folios 22 a 24, así mismo, se debe precisar que no es tema de debate en esta instancia judicial que los actores desistieron de la demanda frente a la sociedad ASFALTOS LA HERRERA SAS (fls.190 a 204), el cual fue aceptado mediante auto del 24 de junio de 2016 (fl268), empero, a la luz del problema jurídico planteado, se deberá establecer si los integrantes de un consorcio se consideran litisconsortes necesarios, y en esa medida, si se requería que el contradictorio estuviera integrado también por la empresa ASFALTOS LA HERRERA SAS para proceder a estudiar las pretensiones de la litis, o contrario sensu, su intervención es facultativa, para ello, se debe recordar que la naturaleza jurídica de un consorcio corresponde a una agrupación de sujetos que no dan origen a una persona nueva, por lo que la capacidad sigue estando en cabeza de quienes lo conforman y no cuenta con personería jurídica propia, situación que imposibilita su comparecencia como parte dentro un proceso judicial, y así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 4470 de 2014, en la cual consideró lo siguiente:

“El artículo 7º de la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, definió el consorcio en los siguientes términos:

«Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman»; de acuerdo con esa disposición legal, el consorcio no forma una persona jurídica independiente de las personas que lo integran, lo cual se predica igualmente de las uniones temporales.

(...)

Por ello, la Sala sostuvo en diversas oportunidades que si un consorcio, lo cual es igualmente válido para la unión temporal, comparecía a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes debía hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se conformaría con la vinculación de todos sus miembros al proceso» (Negrilla y Subrayas fuera del texto original)

De igual forma, con relación a la capacidad de los consorcios para comparecer en juicio, la misma Corporación en sentencia con radicación 18783 de 2008, precisó:

“De otro lado y, al margen, la misma expresión “contra una persona que no tenía capacidad para ser parte”, comporta un gran desacierto en lo concerniente a la figura de los presupuestos procesales (capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso, demanda en forma y competencia) ya que, toda persona (natural o jurídica, menor o mayor de edad, normal o demente, etc.), puede ser parte en un proceso, por tratarse de un sujeto de derechos, que puede ejercer éstos o contraer obligaciones. Cosa distinta es que pueda comparecer por sí misma o a través de representante, presupuesto correspondiente a la capacidad para comparecer al proceso. Al respecto, es el propio artículo 44 del CPC, que, paradójicamente, cita el ad quem, el que en forma clara consagra que “Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso”.

Es decir, el presupuesto procesal de “capacidad para ser parte” se refiere a que al proceso solo pueden comparecer personas, naturales o jurídicas, con las excepciones que el citado artículo 44 del C.P.C. señala.

(...)

El yerro del ad quem es en verdad ostensible. Si partió del postulado de haberse demandado a un consorcio que, conforme a su análisis, no tenía capacidad para ser parte, y profiere sentencia inhibitoria respecto del mismo, no le era dable, entonces, declarar, nada menos, que entre tal consorcio y el trabajador había existido un contrato de trabajo, pues, la existencia de éste nexo solo era dable atribuirlo, como fuente de derechos y obligaciones, entre personas, y, refulge que, de antemano, ya el fallador le había negado tal calidad a aquel consorcio; de otro lado, insólita, incongruente y contradictoria, en grado sumo, resulta dicha declaración de inhibición con la simultánea de existencia de contrato de trabajo con el mismo consorcio, pues implicaba vincularlo obligacionalmente, lo que resulta contrapuesto a la consecuencia de tal inhibición. Esto significa que, el ad quem, pregona, al mismo tiempo, que al proceso no había concurrido el empleador del demandante (las sociedades integrantes del consorcio), pero que el contrato de trabajo había existido con el consorcio demandado

que sí había concurrido y que no tenía capacidad para ser parte: un verdadero contrasentido.

Y, el dislate siguiente fue mayor: Si la relación sustancial entre trabajador y empleador, de donde se derivaba toda condena solicitada en el libelo, no era posible determinarla porque se había demandado a un consorcio que no tenía capacidad para ser parte, y que, por ende, no podía ser ni absuelto ni condenado, lo que generó inhibición, entonces, mal podía el ad quem proceder a imponer condena o absolución alguna, en forma independiente, a quien, con base en el artículo 34 del CST, se le había hecho comparecer, al mismo juicio, para que respondiera, solidariamente, por las condenas que se impusieran al empleador.

Es decir, ante la inexistencia de condenas respecto del empleador obligado, al beneficiario solidario no podía afectársele con ninguna que previamente no se hubiese impuesto a aquél, ya que su obligación no tiene carácter independiente sino derivado, porque no formó parte de la relación laboral de la que la prestación se origina, y, por ende, cualquier prestación que deba solucionar está condicionada a que se genere, con anticipación, en la persona del empleador.

Y, como en el sub lite, se ha hecho comparecer al mismo juicio a los presuntos empleador y beneficiario, la condena a éste resulta condicionada a que sea derivada de la impuesta a aquél. (Negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, es claro que los consorcios no pueden acudir directamente al proceso como demandantes o, para el caso en particular, como demandados, por cuanto deben hacerlo a través de las personas naturales o jurídicas que lo integran de manera individual, según corresponda, pues, se itera el consorcio no tiene capacidad para ser parte dentro del juicio.

Ahora bien, una vez establecida la capacidad jurídica de los consorcios, procederá la Sala de Decisión a determinar si la demanda debía ser dirigida contra todos los integrantes (litisconsorcio necesario artículo 61 del CGP) o si podía ser sólo respecto de uno o algunos (litisconsorte facultativo artículo 60 ibídem), para lo cual es necesario recordar lo consagrado en el numeral 1 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, el cual consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 7o. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1o. Consorcio:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.” (Negrillas y Subrayas fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, es claro que las personas que integran el consorcio tienen una responsabilidad solidaria, lo que da cabida a que se pueda convocar al litigio a uno solo o todos los miembros del consorcio, en los términos del artículo 1571 del

Código Civil, el cual a su turno establece que “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.”, disposición que ha sido objeto de análisis por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3672 de 2019, reiterada la SL 282 de 2020, en las cuales consideró lo siguiente:

“Tal y como lo señala el censor, del precepto antes mencionado -artículo 7º Ley 80 de 1993-, se desprende que la responsabilidad entre los miembros que componen el consorcio es solidaria en lo concerniente a: «todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato», por ende, bien podía convocarse al juicio a uno solo de los miembros del consorcio o a los dos.

En efecto, el artículo 1568 del CC., establece que la solidaridad puede provenir de la «convención, del testamento o de la ley», como ocurren en este evento, en el que es por mandato legal, lo que implica según este mandato que «puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda»

En armonía con lo anterior, el 1571 del CC., al regular la solidaridad pasiva, dice que en virtud de la misma «El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división», tal y como ocurre en el presente evento, que como se explicó, de acuerdo con el mandato del numeral 1, del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, responden los integrantes del consorcio de manera solidaria, por tanto, no estaba obligado el libelista a convocar a las dos personas naturales al litigio, sino que bien podía escoger a alguno de ellos, sin que ese fuera motivo para absolver, y mucho menos para el fallo inhibitorio que profirió el juzgador.” (Negrilla y Subrayas fuera del texto original)

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la Corporación que los integrantes del consorcio no constituyen un litisconsorcio necesario sino uno de carácter facultativo, lo que conlleva a que el desistimiento presentado respecto de la sociedad ASFALTOS LA HERRERA SAS posibilitara continuar el proceso con una sola de las personas jurídicas que integran el Consorcio Luz, por lo que la condena respecto de la sociedad CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA se ajusta al precedente citado, empero, dada la responsabilidad solidaria de los integrantes del consorcio aludido, ello conlleva a que las condenas impuestas sean asumidas en un 100% por la demandada CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y no en un 50% como se decidió en primera instancia, razón por la cual se revocará la sentencia de primer grado en este punto.

De igual forma, menester es indicar que la decisión adoptada en esta providencia no obsta para que por virtud de la responsabilidad solidaria que caracteriza a los consorciados y en atención a las obligaciones contractuales entre estos, eventualmente el aquí convocado - CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA- adelante acciones frente a la otra integrante del CONSORCIO LUZ, que no fue vinculada al presente trámite, es decir, respecto de ASFALTOS LA HERRERA S.A.

Ahora bien, establecido que la demandada CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA debe reconocer y pagar a los demandantes el 100% de las condenas impuestas por salarios

y prestaciones adeudadas, la Corporación verificará el cálculo realizado por el A quo concluyendo que el valor de la condena por los conceptos citados para el caso del señor GILBERTO REY CASTELLANOS es la suma definitiva de \$688.087,49, y para LEÓNIDAS CARREÑO OVALLE en la suma de \$1.026.846,40, conforme a la siguiente liquidación:

GILBERTO REY CASTELLANOS	
Fecha ingreso	07/02/2012
Fecha Retiro	09/08/2012
Salario	\$566.600,00
Días	183 días
Cesantías	\$288.021,67
Intereses Cesantías	\$17.569,32
Prima de Servicios	\$288.021,67
Vacaciones	\$144.010,83
Salarios adeudados	\$169.980,00
Subtotal	\$907.603,49
Pagado	\$219.516,00
Total adeudado	\$688.087,49

LEÓNIDAS CARREÑO	
Fecha ingreso	17/01/2012
Fecha Retiro	21/09/2012
Salario	\$759.000,00
Días	245 días
Cesantías	\$516.541,67
Intereses Cesantías	\$42.184,24
Prima de Servicios	\$516.541,67
Vacaciones	\$258.270,83
Salarios adeudados	\$1.290.300,00
Subtotal	\$2.623.838,40
Pagado	\$1.596.992,00
Total adeudado	\$1.026.846,40

Por otro lado, respecto de la responsabilidad solidaria de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial –UAERMV- respecto de las condenas impuestas al Consorcio Luz, se debe recordar que la misma se encuentra establecida en el artículo 34 del CST, el cual a su turno ha sido objeto de análisis por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien ha considerado que se exigen dos requisitos para la procedencia de la solidaridad del contratante frente a su contratista, a saber: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines (SL 5053 de 2019, reiterada en SL 1863 de 2020).

Así mismo, para que opere la solidaridad pretendida por la parte actora (artículo 34 del CST), las actividades contratadas deben ser afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante, tal como lo ha determinado la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicado 28438 de 2007 en donde concluyó que, el dueño de la obra debe responder solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista, y que ha sido reiterada en sentencias con radicación 35864 de 2010, SL 11655 de 2015, y SL 7789 de 2016.

Ahora bien, una vez establecido el marco legal y jurisprudencial de la solidaridad en materia laboral, la Corporación procede a establecer si la misma se encuentra acreditada en el presente caso, para lo cual avizora que el primer requisito está demostrado, es decir, que el contratante fue beneficiario de la obra o servicio

contratado, aspecto que se desprende de las declaraciones de Maximiliano Sáenz López, Alberto Muñoz y Robert Pinzón, quienes manifestaron que eran compañeros de trabajo de los demandantes, que trabajaron en el Consorcio Luz, que el señor Leónidas fue conductor de volqueta y que Gilberto fue conductor de una camioneta, que tienen conocimiento que su supervisor de la UAERMV fue Santiago Guerrero, que los supervisores de la UAERMV eran quienes daban las ordenes, además el uniforme y el carné tenían un distintivo haciendo alusión a la UAERMV, por lo que es claro que esta última fue beneficiaria de los servicios prestados por el trabajador, por lo que acreditado se encuentra el primero de los supuestos a que se refiere el artículo 34 del CST.

Frente al segundo requisito relacionado con que "las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines", se tiene que el objeto social de cada una de las empresas que integran el CONSORCIO LUZ, inicialmente CORTAZAR y GUTIERREZ LTDA., se encuentra dirigido entre otras a lo siguiente (fl.13):

"Construcción de obras ingeniería, arquitectura de cualquier tipo, sean propias o de terceros, prestación de servicios de consultoría, interventoría, diseños estudios, etc, para cualquier actividad relacionada con la arquitectura o ingeniería (...) celebrar y desarrollar todo tipo de actos, negocios, contratos o actividades relacionadas con la estructuración, planeación, gestión, diseño, construcción, operación o mantenimiento de proyectos de concesión de obras de infraestructura vial, de transporte o inmobiliarias, en general cualquier tipo de concesión relacionada con proyectos de infraestructura (...)"

Aunado a lo anterior, se avizora que el objeto social de ASFALTOS LA HERRERA SAS (fl.10) es la "protección, exploración, explotación, beneficio y transformación, transporte y comercialización de materiales de construcción, materiales de arrastres, minerales afines y asociados, construcción de obras civiles de ingeniería o arquitectura de cualquier tipo, sean propias o terceros, la prestación de servicios de consultoría, interventoría, diseño y estudios, para cualquier actividad relacionada con la arquitectura o la ingeniería (...)"

Así mismo, como se desprende del documento denominado "conformación de consorcio" del CONSORCIO LUZ, este tiene por objeto el siguiente (fl.22):

"PRIMERA.- OBJETO: El consorcio que se constituye mediante el presente documento tiene por objeto presentar una propuesta en el marco del proceso de la LICITACIÓN PÚBLICA No. UAERMV-LP-001 DE 2011 cuyo objeto es "EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES OPERATIVAS Y ADMINISTRATIVAS COMPLEMENTARIAS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD A CARGO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL Y ACTIVIDADES REQUERIDAS EN LAS SEDES OPERATIVAS DE LA UAERMV", establecido en el Pliego de Condiciones y sus anexos, en la Propuesta del Contratista y en el contrato, y en el caso en que la propuesta sea adjudicada, suscribir, ejecutar y liquidar el contrato de obra correspondiente"

De otra parte, el objeto social de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL UAERMV conforme al Acuerdo 257 del 2006, artículo 109, corresponde a:



"(...) programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial local; así como la atención inmediata de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital. La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial tiene las siguientes funciones básicas:

- a. Programar y ejecutar los planes y proyectos de rehabilitación y mantenimiento de la malla vial local.
- b. Suministrar la información para mantener actualizado el Sistema de Gestión de la Malla Vial del Distrito Capital, con toda la información de las acciones que se ejecuten.
- c. Programar y ejecutar las acciones de mantenimiento y aquellas que sean necesarias para atender las situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en la red vial de la ciudad.
- d. Atender la construcción y desarrollo de obras específicas que se requieran para complementar la acción de otros organismos y entidades como la Secretaría de Ambiente y el Fondo de Prevención y Atención de Emergencias - FOPAE o quienes hagan sus veces."

De igual forma, en el contrato No. 113 del 10 de marzo del 2011 suscrito entre el Consorcio Luz y la codemandada Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (fls.15 a 20), se indicó que el objeto de tal acuerdo sería el siguiente:

"Realizar la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y actividades requeridas en las sedes operativas de la UAERMV, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, apéndices y la propuesta presentada"

Ahora, frente a las labores desempeñadas por los demandantes, se recaudó el interrogatorio de parte del señor HÉCTOR JULIO ROJAS ZARATE, quien expresó que era Conductor del CONSORCIO LUZ, pero por orden la UAERMV se encargaba de repartir los materiales en la ciudad de Bogotá con la "Volqueta". De igual forma, obra a folio 22 una comunicación de referencia "CONTRATO" expedida por el representante legal del Consorcio Luz, donde se señala "Siguiendo órdenes impartidas por la Dirección General de la Unidad de Mantenimiento Vial, se le informa que ha quedado vinculado nuevamente al CONSORCIO LUZ a partir del día 23 de Agosto del año en curso, nuevamente contrato de trabajo de duración de obra o labor contratada, en el cargo de CONDUCTOR", lo cual resulta consistente con lo dicho por los testigos Maximiliano Sáenz López, Alberto Muñoz y Robert Pinzón citados en precedencia.

En tal sentido, en los términos del artículo 34 del CST y de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, la similitud de actividades se exige respecto del contratista y del beneficiario de la obra, así las cosas, conforme a los objetos sociales atrás descritos de cada una de las codemandadas los mismos están relacionados o conexos con la construcción de obras civiles de ingeniería o arquitectura de cualquier tipo, razón por la cual resulta claro para esta Sala de Decisión que las actividades realizadas por los codemandados no son extrañas entre sí, aunado a ello, los señores Leónidas Carreño y Gilberto Rey fueron contratados a efectos de realizar actividades propias para el cumplimiento del contrato suscrito entre el CONSORCIO LUZ y la UAERMV, en el cargo de CONDUCTORES, para el proyecto relacionado con llevar a cabo "la ejecución de actividades operativas y

administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad" (Contrato No. 113 de 2011), evidenciándose con claridad el nexo de causalidad entre las funciones desarrolladas por los actores como conductores y el objeto del contrato a desarrollar por el CONSORCIO LUZ a favor de la UAERMV, por lo que esta última deberá responder solidariamente por las condenas impuestas a cargo del empleador, como lo declaró el A quo.

Establecido lo anterior, la Sala de Decisión procederá a resolver los reparos presentados por la parte actora y por las demandadas, respecto de la procedencia y de la liquidación de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, al respecto se debe indicar que dicha pretensión debe ser resuelta a la luz de la doctrina probable establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien de vieja data ha considerado que la procedencia de esta sanción no es de aplicación automática y su imposición está supeditada a la demostración de la mala fe de la demandada (Rad. 24397 del 13 de Abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Con base en el anterior criterio sintetizado, el cual comparte plenamente esta Sala de Decisión, se evidencia que la actitud de la parte demandada Consorcio Luz no se ajusta a los preceptos de la buena fe durante la ejecución y terminación del contrato de trabajo, dado que las dificultades económicas del consorcio para relevarse del cumplimiento de sus obligaciones laborales con los actores no son de recibo debido a que la quiebra del empresario o su falta de iliquidez no pueden afectar los derechos laborales de los trabajadores, pues estos no están llamados a asumir los riesgos o pérdidas del empleador conforme lo establece el artículo 28 y 157 del CST, último que establece que los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás (SL 3219 de 2020).

Así las cosas, es claro que el presente asunto es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST como bien lo declaró el A quo, empero, y dado el recurso de alzada, se procederá a establecer si dicha indemnización se encuentra de igual manera a cargo de la demandada Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial UAERMV, frente a ello, la Corporación considera que la entidad citada es solidariamente responsable del pago de la misma como se indicó en precedencia y por efecto del artículo 34 del CST, además de que la imposición de este tipo de sanción califica es la actuación del empleador al momento del finiquito del contrato laboral que en este caso fue otra entidad distinta de la UAERMV y la responsabilidad de esta deviene por su consagración por expresa disposición legal, razón por la cual se confirmará la decisión en este punto.

Ahora bien, esclarecida la responsabilidad de la parte recurrente en el pago de la indemnización moratoria, la Sala de Decisión considera que el pago parcial de los salarios y prestaciones sociales no es óbice para relevar a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial UAERMV del pago de la misma, por cuanto dicho acto no demuestra la buena fe de los demandados, dado que la entidad conocía de vieja data el incumplimiento sistemático de las obligaciones del

Consortio Luz respecto de las acreencias de cada uno de los actores, aunado a ello, no tomó las acciones correctivas contra el consorcio a efectos de evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores, máxime que contaba con la potestad de ejercer el control sobre la ejecución del contrato de obra 113 de 2011 y exigir del citado consorcio cumplir con sus deberes con los trabajadores (cláusulas primera y octava), o en su defecto, a las empresas que lo constituían, lo cual no aconteció, y que conlleva a que sea procedente la imposición de la indemnización a cargo de la parte recurrente, en su calidad de obligado solidario.

Establecida la procedencia de la indemnización moratoria a cargo de la pasiva, la Corporación procederá a determinar la forma y monto de su liquidación, para ello, se tendrá que el pago parcial de salarios y prestaciones no es suficiente para limitar su causación dado que la obligación del empleador es realizar el pago total de los salarios y prestaciones sociales, más no de manera parcial (SL 3563 de 2017 y SL 3614 de 2020), aunado al hecho que en este juicio no se acreditó la buena fe de las codemandadas, por ello se modificará la decisión del A quo, para en su lugar condenar a la sociedad Cortázar y Gutiérrez LTDA y a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial UAERMV, a reconocer y pagar al señor GILBERTO REY CASTELLANOS la suma de \$18.886,67 diarios desde el 9 de agosto de 2012 y hasta la fecha en que se realice el pago total de las prestaciones sociales adeudadas objeto de condena, ello conforme lo establece el artículo 65 del CST, dado que su remuneración era igual al SMLMV.

En cuanto a LEÓNIDAS CARREÑO OVALLE, se condenará a las demandadas citadas a reconocer y pagar la suma de \$25.300.00 diarios a partir del 21 de septiembre de 2012 por los primeros 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, y hasta cuando se verifique el pago total de las prestaciones sociales adeudadas.

Por otro lado, respecto de los demás reparos presentados por la llamada en garantía la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, la Sala procede a estudiar la excepción de nulidad relativa del contrato de seguro por violación de la garantía contenida en la cláusula 18 de las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento No 30000996, al respecto se debe indicar que esta establece en sus condiciones generales lo siguiente (fls.336 a 338):

“La previsor a s.a. compañía de seguros que en adelante se denominará la previsor a, en consideración a que el tomador le ha presentado una solicitud de seguro la cual forma parte integrante de la póliza, otorgando amparo con sujeción a las siguientes condiciones generales:

#### CONDICIÓN DÉCIMA OCTAVA – PROCESO DE INSOLVENCIA

La entidad estatal, se obliga a hacer valer sus derechos dentro de cualquier proceso de insolvencia empresarial en el que llegare a ser admitido el contratista en la forma en que debería hacerlo si careciese de la garantía otorgada por la póliza, sus certificados de aplicación y sus amparos dando aviso a la previsor a de tal conducta.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que las coberturas de la póliza citada se encuentra supeditadas a las condiciones generales de la misma y al cumplimiento de algunas obligaciones por parte de la UAERMV, empero, al revisar el libelo se

evidencia que en efecto la entidad no se hizo parte dentro del proceso de liquidación judicial de la sociedad ASFALTOS LA HERRARA SAS, quien a su turno era parte del Consorcio Luz y quien fue el tomador de la póliza No 30000996, circunstancia que se acredita con el auto de reconocimiento de créditos, asignación de derechos de voto y aprobación de inventario valorado proferido por la Superintendencia de Sociedades (fls.341 a 347), circunstancia que conlleva a que no sea dable afectar la póliza citada dado que la entidad beneficiaria no cumplió con su obligación (condición décima octava – proceso de insolvencia) como le correspondía (artículo 1041 del código de comercio), motivo por el cual se revocará la decisión de primer grado para en su lugar absolver a la llamada en garantía la Previsora S.A. compañía de seguros, de las pretensiones elevadas por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial UAERMV, y en consecuencia se dispone la no afectación de la póliza No 30000996.

Consecuente con lo anterior, agotado el estudio del recurso de alzada, la Sala de Decisión modificará los ordinales segundo y tercero, y se revocará el quinto de la sentencia de primer grado, para en su lugar condenar a la pasiva CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA a reconocer y pagar a los demandantes el 100% de las condenas impuestas por salarios y prestaciones adeudadas, que para el caso del señor GILBERTO REY CASTELLANOS es la suma definitiva de \$688.087,49, y para LEÓNIDAS CARREÑO OVALLE la suma de \$1.026.846,40, y a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST en los términos antes citados; De igual manera, se modificará la decisión en el sentido de condenar a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial UAERMV de manera solidaria en un 100%; y por último se revocará la condena impuesta a la llamada en garantía la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, no sin antes advertir que la providencia se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR las condenas impuestas en los ordinales dos y tres de la sentencia objeto de apelación, para en su lugar condenar a las demandadas CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL UAERMV, de manera solidaria, a las siguientes sumas de dinero y conceptos:

1. A favor GILBERTO REY CASTELLANOS a la suma definitiva de \$688.087,49, por concepto de salarios y prestaciones adeudados a la finalización del contrato de trabajo.
2. A favor de GILBERTO REY CASTELLANOS a la suma de \$18.886,67 desde el 9 de agosto de 2012 y hasta la fecha en que se realice el pago total de las prestaciones sociales adeudadas objeto de condena, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

3. A favor de LEÓNIDAS CARREÑO OVALLE a la suma de \$1.026.846,40, por concepto de salarios y prestaciones adeudados a la finalización del contrato de trabajo.
4. A favor de LEÓNIDAS CARREÑO OVALLE a la suma de \$25.300 diarios a partir del 21 de septiembre de 2012 por los primeros 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera, y hasta cuando el pago se verifique total de las prestaciones sociales adeudadas, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

SEGUNDO: REVOCAR la condena impuesta en el ordinal quinto de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar absolver a la llamada en garantía la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL UAERMV, por las razones expuestas en la motiva de la providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado AURA ALICIA BERNAL DE SUAREZ contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-013-2019-00079-02.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora AURA ALICIA BERNAL DE SUAREZ promovió demanda ordinaria en la que pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Mediante con Prestación Definida -RPMPD al RAIS, en consecuencia, que siempre ha permanecido afiliada al RPMPD en cabeza de COLPENSIONES; que se ordene el traslado hacia el RMPPD de la totalidad de los aportes realizados en el RAIS; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema general de pensiones, por último, solicitó que se CONDENE a las demandadas a cancelar costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 18 de octubre de 1949, que laboró de forma continua y discontinua desde el 30 de agosto de 1971 hasta 16 de febrero de 1972 cotizando el ISS, luego del 1° de octubre de 1977 al 10 de enero de 1980 en CAJANAL, posteriormente del 22 de septiembre de 1988 al 31 de agosto de 1990 en CAJA PREVISION SOCIAL DISTRITO, y del 1 de noviembre de 1990 al 30 julio del 1992 de forma discontinua en CAJA PREVISION SOCIAL DE

CUNDINAMARCA, que ha cotizado al sistema general de pensiones después del 1° de abril de 1994 un total de 949 semanas; que el 6 de julio del año 2.000 realizó el traslado del RPM al RAIS con la AFP PORVENIR S.A., decisión que no fue lo suficientemente informada, ya que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional, por ello nunca fue consciente del riesgo que implicaría el realizar dicho traslado. Indicó que el asesor de PORVENIR S.A se limitó a señalar que en el RAIS no importaba la edad, ni el tiempo de cotización para adquirir una pensión, sin brindarle información del monto del capital que debía acumular para pensionarse antes de la edad del RPMPD, se abstuvo de informar que tener núcleo familiar y posibles beneficiarios disminuye el valor de la mesada pensional en el RAIS, caso contrario del RPMPD. No le informó que en el RAIS las mujeres tienen una mesada pensional inferior a la de los hombres así hayan acumulado el mismo capital y/o número de semanas en virtud de las tablas de expectativa de vida, así como del derecho de retracto del traslado, informó que el asesor le manifestó que el I.S.S se iba a acabar; y de haber contado con toda la información para entender los riesgos que asumía con el traslado nunca habría tomado la decisión de firmar el formulario de traslado de régimen pensional. Que el 29 de agosto de 2018 le solicitó a PORVENIR S.A. que le suministrara la información que le dieron al momento de firmar el formulario de traslado, una comparación de los dos regímenes y de igual modo, pidió la nulidad o ineficacia del traslado y retornar sus aportes con rendimientos a COLPENSIONES. Que el 7 de septiembre de 2018 obtuvo respuesta a su petición y en síntesis le dijeron que su pensión en COLPENSIONES sería de \$ 2.663.300 y en porvenir \$995.600. Que el 30 de agosto de 2018 solicitó a COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez, siendo negativa su respuesta (FIs. 02 a 10).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones toda vez que la demandante se afilió válidamente a la AFP PORVENIR y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a dicha administradora privada, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad. Aunado a ello, indicó que la accionante elevó solicitud de traslado contando con 58 años cumplidos, encontrándose inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003., Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (FIs. 81 a 85).

Por su parte PORVENIR S.A. no contestó la demanda, razón por la cual, se tuvo como tal por parte del Juzgado de conocimiento (fl. 102).

## ACTUACIONES PROCESALES PREVIAS

Dicha Oficina judicial dictó sentencia el día 11 de junio de 2019, declarando la nulidad de la afiliación de la demandante AURA ALICIA BERNAL DE SUAREZ al fondo de pensiones SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS (fls. 108 y 109); y posteriormente, esta Sala de decisión mediante sentencia del 03 de septiembre de 2019, la confirmó (fl. 115).

No obstante lo anterior, el 06 de septiembre de 2019, la AFP PORVENIR S.A. interpuso incidente de nulidad con fundamento en el numeral 8 del artículo 133 del CGP, siendo resuelto mediante auto del 23 de octubre de 2019, declarándose la nulidad de los actos realizados para surtir la notificación y las siguientes actuaciones, incluidas las de segunda instancia. Además, se tuvo por notificada la demanda por conducta concluyente, y en consecuencia, se determinó que el traslado para contestar la demanda empezaría a correr a partir del día siguiente de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 28 de noviembre de 2019 obedeció y cumplió lo resuelto por esta Sala de Decisión y a través de auto del 11 de febrero de 2020, tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP PORVENIR S.A, teniendo en cuenta que no dio contestación en el término otorgado (fl. 131).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 24 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que hiciera la demandante AURA ALICIA BERNAL DE SUAREZ a través de PORVENIR S.A. el 06 de julio de 2000. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración comisiones con cargo a sus propias utilidades, del mismo modo condenó a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, y a recibir los dineros referidos, y a actualizar la historia laboral de la demandante; absolvió a la accionada de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que el artículo 11 del decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece las características del sistema general de pensiones, consagrando además que la selección de uno o de cualquiera de los regímenes es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto aceptará por escrito al momento de la inscripción o el traslado, aceptando con ello las condiciones propias de este, además el artículo 271 de la ley 100 de 1993 en el cual se establecen sanciones para aquel que vulnere lo anterior, abonado a ello la sala



laboral de la Corte Suprema de Justicia ha hecho hincapié en la importancia de que la escogencia del régimen o de la manifestación del querer trasladarse del RPMPD al RAIS este precedida de libertad, por cuanto están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición y de la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales donde se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen, y que las administradoras se encuentran en el campo de la responsabilidad profesional y en consecuencia se encuentran compelidas a brindar sus servicios de manera oportuna, eficaz y suficiente que le imponen deberes, entre otros, el de la debida información en todas las etapas del proceso esto es desde la antesala de la afiliación, hasta la fijación de las condiciones del disfrute pensional, debiendo indicar, de forma completa y comprensible todos los pormenores que ello conlleva tanto de beneficios como aspectos negativos o de lo contrario afectaría el derecho irrenunciable a la seguridad social de los afiliados, lo que comprende el derecho no solo en sí mismo si no la legítima expectativa valorativa, las AFP deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, información suficiente para dar mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, que permitan a los consumidores financieros conocer sus derechos, es por ello que la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la administradora hace incurrir en engaño al administrado cuando falta a su deber de información, no solo en lo que afirma, sino también en los silencios que guarda, es por ello que se traslada la carga de la prueba a la entidad demandada, ello por cuanto la aquí demandante alega no recibió la información debida cuando se produjo el traslado de régimen correspondiendo ello a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, las negaciones indefinidas no requieren de prueba, en el presente asunto la demandante manifestó que no se le informó de manera completa y veraz sobre las consecuencias negativas que significaba su traslado del RPMPD al RAIS, sin que ello se pruebe con la suscripción del formulario, y así la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró que los formularios pre impresos no son suficiente prueba para dar por verificado el deber de información, además de la carga probatoria que recae sobre la administradora del RAIS existe un indicio en su contra al no dar contestación de la demanda, por tanto se considera que PORVENIR S.A. no probó su deber de información. Frente a la pensión de vejez, señaló que no era pertinente realizar dicho reconocimiento a la demandante, teniendo en cuenta que esta ha tenido vinculaciones legales y reglamentarias en varios cargos de la Rama Judicial, Asesora del Consejo de Bogotá en calidad de empleada pública, Diputada de la Asamblea de Cundinamarca, Directora Técnica de la Secretaría Distrital de Gobierno, Jefe de Departamento del Hospital Santa Clara ESE y como

Profesional Especializada del ICBF, vinculaciones legales y reglamentarias que se presumen como empleada pública y como no resulta claro cuál es la jurisdicción que debe pronunciarse al respecto, pues estos cargos son como empleada pública, o se tendría competencia para el efecto. Además, COLPENSIONES no ha contado con la oportunidad de pronunciarse en sede administrativa respecto del reconocimiento pensional deprecado. Frente a la prescripción, consideró que el ejercicio de la acción no cuenta con un límite temporal en atención a que la pretensión es meramente declarativa.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegaciones indicando que no es procedente el traslado de régimen pensional solicitado por la demandante, por ende, que se revoque la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 93 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 18 de octubre de 1949, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2006, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES resuelta el 30 de agosto de 2018 (fls. 61), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía en su haber el equivalente en tiempos de servicios prestados al Estado y lo cotizado al ISS y CAJANAL, de 285 semanas (fls. 11 a 21), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 06 de julio de 2000 (Fl. 41), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se

encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 41), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (06 de julio de 2000, fl. 41), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual

es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

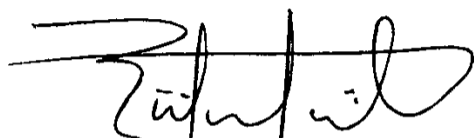
### RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

  
RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARÍA DE JESÚS ORTÍZ RODRÍGUEZ contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Rad. 110013105-027-2019-00014-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandante (art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

La señora MARIA DE JESUS ORTIZ RODRIGUEZ pretende se aplique el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 DE LA Constitución Política; se le reconozca el retroactivo pensional, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el injustificado y tardío reconocimiento de la pensión, desde su causación esto es desde el 25 de noviembre de 2013, 4 meses después de elevada la petición del reconocimiento y fecha en la cual se daba el pleno cumplimiento de los requisitos de ley hasta el 15 de mayo de 2018, fecha efectiva del pago de la prestación, según la Resolución SUB 86507 del 02 de abril de 2018, debidamente indexados, costas y gastos del proceso, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 02 de abril de 1952, cumpliendo 55 años el mismo día y mes del año 2009, que el 15 de julio de 2013, elevó petición ante COLPENSIONES solicitando el reconocimiento pensional, que mediante Resolución GNR 339390 del 04 de diciembre de 2013 se negó la prestación por considerar que no cumplía con los requisitos, posteriormente el 02 de abril de 2018 COLPENSIONES ordena el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 01 de septiembre de 2013, sin embargo, no tuvo en cuenta los intereses moratorios de

que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, pese a esperar más de 5 años para que su derecho fundamental fuera reconocido y pagado; que mediante revocatoria directa de fecha del 26 de junio de 2018, solicitó a COLPENSIONES el pago del retroactivo pensional junto con los intereses moratorios, entidad que el 18 de julio de 2018 respondió su solicitud de manera negativa (fls. 2 a 7 y 39).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones toda vez que el reconocimiento de la pensión y el retroactivo se hizo conforme a derecho y de la forma más beneficiosa para la pensionada, y no existe un derecho pensional pendiente que haga necesaria la exigibilidad de esta pretensión, al operar el fenómeno de cosa juzgada ya que se había pedido y estudiado dentro del proceso radicado 11001310500820150033700, con sentencia del 22 de junio de 2016 confirmada por el H. Tribunal el día 5 de septiembre de 2017; y no le asiste derecho toda vez que COLPENSIONES no dejó de pagar la pensión reconocida, siendo pagada desde el momento de su reconocimiento con el retroactivo indexado por el tiempo entre el reconocimiento y la fecha de la decisión, dejando sin sustento la solicitud de pago de intereses, ya que no se causó el derecho y operó la cosa juzgada. Propuso como excepciones de fondo, las de «cosa juzgada», «inexistencia del derecho reclamado», «Cobro de lo no debido», «Buena fe de COLPENSIONES», «Presunción de legalidad de los actos administrativos», «No configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «Carencia de causa para demandar», «Prescripción», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «Innominada o genérica» (Fls. 44 a 50).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de agosto de 2020, declaró probada la excepción de cosa juzgada, en consecuencia, negó las pretensiones de la demandante y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló frente la excepción de cosa juzgada, que la demandante adelantó proceso laboral en el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá contra la misma demandada en donde solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con el pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y la indexación correspondiente. En tal sentido, señaló el artículo 303 del CGP y el Artículo 145 del CPTSS, según el cual la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada,



siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa, y que en ambos procesos haya identidad jurídica de partes; precisando, en el presente proceso la demandante pretende se reconozca el retroactivo pensional, los intereses moratorios desde su causación, esto es desde el 15 de noviembre de 2013, hasta el 15 de mayo de 2018, hasta la fecha efectiva del reconocimiento pensional, y en esa ocasión, se solicitó a la demandada a pagar a la accionante la pensión de vejez por aportes junto a la mesada adicional correspondiente, debidamente indexada, en la cual se concedió la pensión solicitada y se absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, esta sentencia fue confirmada en segunda instancia, el 02 de abril del año 2018, y en virtud de la cual COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a la demandante. De tal análisis, concluyó que se daban los elementos de la cosa juzgada, toda vez el retroactivo pensional y la indexación fueron pagados por COLPENSIONES en cumplimiento de la sentencia, y en cuanto a los intereses moratorios en esa instancia fueron negados y no apelados por la accionante, de manera que el no hacer uso de los recursos en esa instancia no habilita a la demandante para adelantar un nuevo proceso declarativo, por lo anterior se declaró probada la excepción de cosa juzgada.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia, por estar configurada la cosa juzgada. La parte actora guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación establecer si en este asunto se configuró el fenómeno de la cosa juzgada respecto al derecho al reconocimiento y pago del retroactivo e intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

## CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre los problemas jurídicos planteados, se ha de precisar que no es materia de controversia que a la señora MARÍA DE JESÚS ORTÍZ RODRÍGUEZ, por una sentencia judicial le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 2013 en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente, tal como se deduce de la Resolución SUB 86507 del 02 de abril de 2018, expedida por COLPENSIONES (fls. 18 a 23).

Pues bien, para resolver el problema jurídico aquí planteado, es menester precisar que el artículo 303 del CGP, establece que ejecutoriada una sentencia, produce efectos de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes.

La institución de la cosa juzgada, en virtud del principio de la seguridad jurídica, impide que un asunto que ya fue definido por la jurisdicción ordinaria, pueda volver a ser sometido a su estudio, pues toda sentencia judicial ejecutoriada goza de la presunción de legalidad y de justicia que impide un nuevo análisis de los supuestos fácticos y jurídicos allí debatidos.

Requisitos que pasan a estudiarse, para lo cual advierte la Sala que se encuentra probado que la demandante previo al expediente que nos ocupa, a través del mismo apoderado judicial presentó proceso ordinario laboral contra COLPENSIONES que por reparto le correspondió al Juzgado 8° Laboral del Circuito, radicado bajo el No. 2015-00, donde solicitó de manera principal la pensión de jubilación de jubilación por aportes conforme al artículo 7 de la Ley 71 de 1988, «Se reconozca retroactivo pensional a partir del 01 de septiembre del 2013, fecha en que mi mandante dejo de cotiza (sic) como independiente. Se reconozca (sic) intereses moratorios, Art 141 de la ley 100 de 1003», ello además de otras pretensiones como la indexación de los valores reconocidos. La controversia se dirimió mediante sentencia proferida el 22 de junio de 2017, por el mencionado Juzgado Ocho Laboral del Circuito de Bogotá (Exp. Activo. fl. 51), en el que se resolvió lo siguiente:

«PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" a reconocer y pagar a la demandante MARIA DE JESUS ORTIZ RODRIGUEZ la pensión de jubilación por aportes a partir del 1 de septiembre de 2013, en cuantía inicial de \$589.500, junto con la mesada adicional correspondiente, es decir, por 13 mesadas anuales y con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, mesadas que deberán pagarse debidamente indexadas desde la fecha de causación de cada una de ellas hasta la fecha efectiva de su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.  
(...)».

Dicha sentencia, no fue objeto de apelación por las partes y por ello, se ordenó remitir el expediente a la Sala de Decisión Laboral de esta Corporación, resolviéndose mediante sentencia del 05 de septiembre de 2017, confirmar la decisión de primer grado, y condenando a COLPENSIONES a «reconocer y pagar a la señora MARÍA DE JESÚS ORTÍZ RODRIGUEZ, la suma \$34.196.701, como retroactivo pensión al causado entre el 1 de septiembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2017».

De la decisión judicial, confrontada con las pretensiones de este proceso, se evidencia que existe identidad de partes y de objeto, toda vez que en esta acción se persigue que «Se reconozca retroactivo pensional a favor de mi mandante la Sra. María de Jesús Ortiz Rodríguez. Se concedan y paguen de manera efectiva los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, por el injustificado y tardío reconocimiento de la pensión de mi mandante la Sra. María de Jesús Ortiz Rodríguez. Que los intereses moratorios se paguen desde su causación, esto es desde el 15 de noviembre de 2013, cuatro (4) meses después de elevada la petición de reconocimiento y fecha en la que daba pleno cumplimiento a los requisitos de ley, hasta el 15 de mayo de 2018, fecha efectiva de pago de la prestación, según resolución SUB 86507 del 2 de abril de 2018. Se reconozca indexación de valores [...]», para lo cual, se ampara en hechos y fundamentos de derecho similares, indicando además que se le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución SUB 86507 del 2 de abril de 2018 y que la misma «no tuvo en cuenta los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993», pero omitiendo que dicho acto administrativo daba cumplimiento a la pretérita decisión que le reconoció la prestación por vejez y a su vez, le negó dichos intereses moratorios.

Tales aspectos, a juicio de esta Sala resultan improcedentes debatirlos en este nuevo litigio, habida cuenta que en las decisiones judiciales primigenias se abarcó por los respectivos Jueces de Primera y Segunda Instancia, el estudio de la pensión y por supuesto del retroactivo y los intereses de mora, pues como quedó expuesto, dicho tópico que evidentemente fue estudiado y sin que la demandante hubiere interpuesto recurso alguno frente a la absolución impartida por el Juez de primer grado en esa oportunidad; razón por cual, no puede pretenderse en un nuevo escenario judicial, que se estudien tales peticiones que se definieron y decidieron en aquel proceso, pues se itera, tales cuestiones fácticas y derechos se pusieron de presente en la causa petendi de dicha demanda, y dados los hechos planteados en aquella, los jueces de turno aplicaron el derecho que estimaron eran los que amparaban y regulaban la situación pensional de la actora, la cual, quedó en firme conforme a lo allí decidido.

En conclusión, en dichas sentencias, se realizó el estudio completo tanto de la pensión de vejez por aportes, el retroactivo pensional causado y la procedencia de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, decisiones frente a las cuales no se interpuso recurso alguno por parte de la interesada.

De conformidad con lo anterior, se determina sin duda alguna que, en la decisión judicial anterior, quedó definido el derecho de la demandante al reconocimiento del retroactivo y especialmente de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100

de 1993, por lo tanto se considera que el derecho reclamado en el presente proceso se encuentra afectado por el fenómeno de la cosa juzgada, dado que en este juicio nuevamente se trae a discusión si la demandante tiene o no derecho a los mismos por concepto del retroactivo reconocido, por motivo, precisamente del pretérito proceso ordinario laboral.

Por lo tanto, se considera que no hay lugar a levantar el velo de la cosa juzgada. Razón por la cual, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

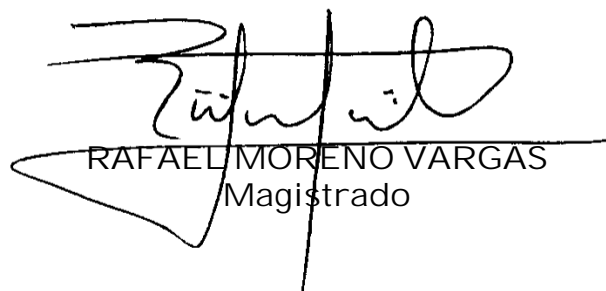
### RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

  
RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado

(Con impedimento aceptado previamente)  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de MARÍA LUCILA RINCÓN PACHÓN  
contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-022-2018-  
00044-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades codemandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de junio de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARIA LUCIA RINCON PACHON pretende se declare la nulidad del traslado de régimen, del Régimen de prima media con prestación definida - RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, debido a la inadecuada asesoría e inducción en error, por el asesor comercial de PORVENIR S.A. Se declare sin solución de continuidad la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a entregar los bonos pensionales correspondientes, liquidar el valor de los aportes existentes en su cuenta individual, con el respectivo calculo actuarial, rendimientos financieros y enviarlos o depositarlos a su nombre en COLPENSIONES, se ordene a esta, recibir dichos valores junto con las comisiones, intereses, reintegro por el cobro de servicios financieros, lo ultra y extra petita, además de la condena en costas en caso de oposición.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 07 de mayo de 1961, que se trasladó del RPMPD administrado en su momento por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL «CAJANAL» EICE al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 01 de enero de 1999, sostuvo que al momento del traslado PORVENIR S.A. no le informó ni la ilustró acerca de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, la AFP privada a través de su asesor comercial, diligenció un formulario de solicitud de vinculación sin advertir que este formulario la trasladaría de régimen pensional, el asesor le indicó que de no trasladarse a un fondo privado de pensiones perdería los aportes efectuados en «CAJANAL», así mismo, le prometió que su pensión sería reconocida cuando cumpliera 55 años de edad y el monto de la mesada sería muy superior a la que le correspondería, si se mantenía en el RPMPD. Que el 5 de enero de 2018 PORVENIR S.A. le entregó el cálculo de la pensión que recibiría al cumplir 57 años de edad, de acuerdo con el monto de la mesada pensional, la cual ascendería a la suma de \$781.242, valor inferior al prometido por el promotor comercial, para la fecha del traslado. En ese sentido, esgrimió que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional. Que el 06 de diciembre de 2017, la demandante radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando se sirviera tramitar con PORVENIR S.A. la entrega de todo el ahorro efectuado en su cuenta individual por efectos de su retorno al RPMPD, el cual hasta la presentación de la demanda no había sido resuelto (fls. 44 a 52).

### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poder trasladarse en cualquier tiempo, y su afiliación se realizó con los requisitos de ley, de tal manera, que el traslado al fondo de ahorro individual, se ejecutó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas. Advirtió que la actora nunca estuvo afiliada al ISS, si no que se encontraba en CAJANAL, fondo que fue asumido por la UGPP en virtud del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, por lo que COLPENSIONES es ajena al pleito. Como excepciones de fondo, presentó las de «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad» y «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de la orden pública» (Fls. 57 a 74).

Por su parte, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen ejercido por la demandante, por cuanto la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera, por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa o abusiva, si no que obedece al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS, consideró que la demandante tomó una decisión informada y consiente y señal de ello, suscribió el formulario de vinculación al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, y que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre y espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 107 a 115).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS acaecido el día 26 de agosto de 1999; ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos administrativos, y a COLPENSIONES recibirlos efectuando los ajustes en la historia laboral de la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la AFP accionada no cumplió con la carga procesal de acreditar que al momento del traslado le suministró a la demandante una información detallada, concreta y comprensible que es necesaria para tomar la decisión del traslado, precisando que no se podía entender que esa carga probatoria se haya cumplido con la simple presentación del formulario de afiliación. En cuanto a la excepción de prescripción indicó que la misma no procede cuando se trata de derechos pensionales.

#### RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de PORVENIR apeló la decisión, señalando en aras de que se revoque la misma, que la accionante se encuentra con todas las condiciones para realizar un negocio jurídico, el cual realizó en el año de 1999, indicó que la accionante pretende una mayor mesada pensional, pero manifestó que se le brindaron los datos y

la información requerida, considerando que el formulario está totalmente diligenciado con información que solo la actora podía suministrar, además que sólo ad portas de obtener la mesada pensional se acercó a preguntar sobre la mesada, considerando que existe un total desprendimiento por parte de la actora de su situación pensional, además indicó que, si lo que se pretende con el fallo es devolver las cosas como si nunca hubiera existido una afiliación, deben revocarse las condenas relacionadas con los gastos de administración de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual prevé que en ambos regímenes público y privado por mandato legal descuentan por gastos de administración el valor de 3%, razón por la cual, solicitó que dichos rendimientos sean retornados a PORVENIR S.A. ya que esto ocasionaría a COLPENSIONES un enriquecimiento sin causa, al igual que lo ocasionaría en la cuenta de ahorro individual a la accionante, ya que no puede la aseguradora en virtud de sus rendimientos, realizar una devolución de su propio patrimonio de algo que efectivamente ya se causó. Recordó que para el momento del traslado la única obligación que se tenía era la información que se encuentra en el formulario, actuando con buena fe. En ese orden, solicitó que en caso de confirmarse la sentencia se revise lo atinente al traslado de los gastos de administración a COLPENSIONES y se estudie el retorno de los intereses a PORVENIR S.A.

Por su parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES apeló la decisión en procura de su revocatoria, teniendo en cuenta que si bien el argumento del Despacho de no absolver a COLPENSIONES por la carga de la prueba que no logró probarse, también consideró que el verdadero problema jurídico radica en el inconformismo de la actora sobre el valor de la mesada pensional, toda vez que, el mérito de la sentencia está lejos de entender el verdadero problema jurídico, al considerar que la nulidad del traslado es un problema genérico, ya que la razón real es el inconformismo con la mesada pensional. Indicó que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la nulidad e ineficacia del traslado se da con ocasión a la falta de información, razón por la cual considera que los dineros que reposan en el RAIS, no pueden ser retornados al RPMPD, porque la demandante está inmersa en una prohibición legal, además no cumple con el principio de solidaridad, ya que la mayoría de su historia laboral no fue cotizada al RPMPD, generando la descapitalización de COLPENSIONES considerando que ello va en contra de todos los afiliados del RPMPD.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegaciones en similares



términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Así mismo, la parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado.

### PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

### CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años o más de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su

A folio 02 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 07 de mayo de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 07 de mayo de 2018, procediendo ella a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR S.A. el 09 de agosto de 2017 (fl. 25) y a COLPENSIONES el 05 de diciembre de 2017 (fl. 34), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 8 años, 1 mes y 19 días por tiempo de servicio laborado a la Registraduría Nacional del Estado Civil y cotizado a CAJANAL, equivalentes a 424.57 semanas de cotización (fls. 9 a 22 y 35), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 26 de agosto de 1999 (fl. 117), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema que en su reciente criterio decisonal, vía acción de tutela, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron a este de forma completa la información íntegra que es de su resorte, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de

---

artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 la decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la aquí accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 117), plasmado en el formulario

de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

Así las cosas, conforme a las sentencias de tutela referidas, para este caso también aplica que la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (26 de agosto de 1999, fl. 117), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte apelante, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a

10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia alguna que la demandante sea beneficiaria o no del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 9, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo la actora afiliada a dicha Caja de Previsión Social, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continua afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta agosto de 1999 (fl. 9), destacando, incluso, que con posterioridad, en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4 que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, siendo hoy Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 íbidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOKA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado GLORIA MARLEN SUAREZ MESA contra COLPENSIONES y AFP PROTECCION S.A. Rad 110013105-039-2019-00022-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada, COLPENSIONES y PROTECCIÓN, contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de junio de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora GLORIA MARLEN SUAREZ MESA, pretende se declare ineficaz su afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS y promovida por la Sociedad Administradora de Fondo Pensiones -AFP PROTECCIÓN S.A, y en consecuencia, se declare que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD administrado por COLPENSIONES; se declare que es beneficiaria del régimen de transición y que tiene derecho al reconocimiento de pensión de vejez bajo dicho régimen. Que se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; así mismo, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez aplicando el Acuerdo 049 de 1990 y cancelar a su favor el retroactivo resultante a partir del día siguiente a la última cotización y hasta la fecha en que se cumpla el fallo; lo ultra y extra petita y pago de costas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 21 de enero de 1958, contando para el 1° de abril de 1994 con 36 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición, además estaba afiliada al ISS. Que la AFP privada PROTECCIÓN S.A. la convenció de vincularse al RAIS en diciembre de 1999, fecha para la cual había cotizado 905.43 semanas, es decir, el 90.5% de las 1.000 semanas requeridas para la pensión. Aseguró que la AFP PROTECCIÓN no le informó sobre las desventajas que acarrearía suscribir formulario de afiliación en el RAIS, tampoco informó que no podrían conservarle los beneficios del régimen de transición, no le explicó que la edad de pensión incrementaría a 57 años de edad y que de querer pensionarse antes de los 60 años tendría que negociar su bono pensional, adicionalmente, no le explicó las condiciones y el valor del capital que necesitaría para acceder a una prestación para la protección de su vejez, no le efectuó el análisis de su caso particular ni el cálculo del bono pensional. Informó que ha cotizado a PROTECCIÓN S.A. desde su afiliación hasta la fecha y acredita un total de 1.782,57 semanas válidamente cotizadas, de las cuales, 1.195 semanas fueron cotizadas al 25 de julio de 2005; que el 21 de enero de 2013 cumplió 55 años y posteriormente, el 03 de julio de 2018 solicitó a PROTECCIÓN S.A. la ineficacia en su afiliación al RAIS; igualmente solicitó a COLPENSIONES el 27 de julio de 2018, el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición (Fls. 1 a 15).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto, que de acuerdo a lo ordenado por la Corte Constitucional, en caso de traslado de régimen pensional el regreso en cualquier tiempo al RPMPD sólo procede cuando tenga 15 años de servicios, o se pierden los beneficios del régimen de transición como en el presente caso que la actora no acreditó dicho tiempo, por ello, debe someterse a lo preceptuado en el régimen al cual se encuentra afiliada. Respecto a la nulidad del traslado al fondo privado, señaló que dentro del negocio jurídico celebrado entre las partes se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales, está en cabeza de los afiliados el deber de informarse respecto de las consecuencias que genera el traslado a un fondo privado, ordenamientos públicos legales y siempre que no exista limitación en cabeza del demandante para informarse de las condiciones de su traslado; que no existen vicios del consentimiento que pueda fundamentar la declaración de nulidad, pues el error de derecho no vicia el consentimiento. Por lo anterior, la afiliación de la demandante tiene validez, además porque hay soporte de las cotizaciones de dicha afiliación, las cuales fueron de manera libre, voluntaria y espontánea. Presentó como excepciones



de fondo, las de «Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 72 a 84).

La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento que la señora GLORIA MARLEN SUAREZ MESA solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a este fondo privado. Respecto a la pretensión de anular la afiliación, señaló que no existen elementos facticos ni jurídicos que la fundamenten pues no se evidencia que haya habido algún vicio del consentimiento que invalide y genere la nulidad de la vinculación. Resaltó que esta administradora antes de que la demandante quedara inmersa en la prohibición legal de traslado, efectuó una proyección pensional en ambos regímenes, oportunidad que tuvo la actora para comparar las diferencias económicas; sin embargo, la actora decidió no retornar al RPMPD. Adicionalmente, el 08 de septiembre de 2003 se hizo una re asesoría donde se le reiteró que no le convenía permanecer en la AFP PROTECCIÓN, igualmente tuvo la oportunidad de comparar entre uno y otro régimen y así poder retornar a COLPENSIONES; anudado lo anterior, el 1 de abril de 2008, la actora volvió a recibir re asesoría donde se le ratificó la inconveniencia de seguir en esta AFP, ratificando nuevamente su decisión como se encuentra evidenciado con el formulario de vinculación y proyección realizada para el momento. Así las cosas, era notorio que la demandante recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de afiliarse en el RAIS; además, la actora no aportó prueba alguna de la existencia de algún vicio del consentimiento. Presentó como excepciones de fondo, las de «re asesoría el 8 de septiembre de 2003, por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A.», «declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP», «buena fe por parte de AFP PROTECCIÓN S.A.», «inexistencia de perjuicios», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «prescripción» y «genérica» (fls. 102 a 108).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de junio de 2020, declaró que el traslado del RPMPD al RAIS que efectuó la accionante el 01 de diciembre de 1999 a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. es ineficaz y por ende no

produjo ningún efecto jurídico. Condenó a PROTECCIÓN a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración con destino a COLPENSIONES, advirtiéndole que PROTECCIÓN no está autorizada para hacer descuentos por concepto de seguro de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a COLPENSIONES recibir las anteriores sumas y a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD, sin solución de continuidad. CONDENÓ a COLPENSIONES, a que una vez hecha la reactivación de la actora y se haya cumplido con el requisito de desafiliarse, pague la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, teniendo en cuenta que dicha pensión se deberá reconocer por 13 mesadas pensionales, con una tasa de remplazo del 90%, liquidando el IBL conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, mirando la condición más favorable y teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas de la demandante. Igualmente, condenó a COLPENSIONES para que en caso de que se genere un retroactivo al momento de la liquidación, este se pague de manera indexada. Declaró como no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. Por último, condenó en costas a PROTECCIÓN, incluyendo agencias en derecho, a favor de la demandante y autorizó a COLPENSIONES para que instaure las acciones que considere necesarias para obtener el pago de los perjuicios que le pueda ocasionar la decisión.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que conforme a la jurisprudencia de la CSJ SCL, si bien la afiliación debe hacerse de manera libre y voluntaria, debe estar antecedida de una información que debe cumplir con el requisito de transparencia, el cual impone a las administradoras suministrarles a los usuarios información objetiva, clara, comparada de los diferentes regímenes existentes, con sus respectivas características, ventajas y desventajas que les permita a través de juicios claros elegir la elección. En cuanto a la carga de la prueba, indicó estar en cabeza de las administradoras pues estas son las concededoras del servicio que está ofreciendo, conociendo además estas entidades las reglas del mercado para garantizar ese consentimiento informado; adicionalmente, es a la parte en causa a quien le corresponde desvirtuar la afirmación que contra ella se profiere. Indicó en ese sentido, que en el caso concreto, si bien a la señora GLORIA MARLEN SUAREZ MESA se le brindó asesoría, la cual fue admitida por ella misma, estas no hacen eficaz el traslado; además, resaltó que la información para el régimen de transición del cual era beneficiaria la actora, debía ser al momento de la afiliación, pues efectuado el traslado de régimen, el afiliado pierde el derecho al régimen de transición sin importar el número de las asesorías que se brindaron con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, señaló que la AFP PROTECCIÓN no allegó al proceso

ninguna prueba, ni si quiera logró dentro del mismo una confesión de que la información haya sido transparente, sino por el contrario que la información brindada por esta entidad fue global y no específica para el caso concreto de la demandante que era beneficiaria del régimen de transición, cumpliendo con el 90% del requisito de las semanas cotizadas. Agregó que la firma del formulario, sólo era evidencia de validez del contrato, más no del requisito de eficacia que en el caso se incumplió, no dando la información exigida y generando una ineficacia del acto de traslado.

Comn relación a la solicitud pensional, indicó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, precisando que la demandante cumple con los requisitos establecidos en el mismo, pues cumplió 55 años de edad en el 2013 y tenía más de las 1.000 semanas, precisando que la prestación debía reconocerse sobre 13 mesadas, con una tasa de remplazo del 90% pues la actora contaba a septiembre de 2019, 1917 semanas. Señalando que el IBL debía concretarse con base a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

#### RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., apeló la decisión en razón a que el Despacho dio por cierto un perjuicio que esta administradora no causó al momento del traslado, al no existir derechos ciertos y no estaban en discusión y de haberse causado, la señora GLORIA MARLEN SUAREZ MESA renunció a ellos de manera libre y voluntaria. Adicionalmente, la obligación era de preservar el formulario de afiliación, para la fecha del vínculo; sin embargo, indicó que sí se cumplió con el deber del buen consejo que desconoció la Juez ya que esta entidad sí estuvo asesorando a la actora en reiteradas ocasiones como se demostró dentro del proceso, por lo que debe asumir las consecuencias de sus decisiones. Por otro lado, con relación a la condena para que PROTECCIÓN traslade los rendimientos y comisiones, precisó, se está desconociendo el principio de las restituciones mutuas, puesto que de ser así la condena, la demandante debe también retribuir a esta entidad su trabajo reflejado en los pagos de las comisiones de administración; igualmente, se desconocen los porcentajes a los cuales tiene derecho esta AFP por su gestión en pro de que el ahorro de la cuenta individual de la actora rindiera frutos.

Igualmente, la apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida puesto que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional sin que se haya ejercido presión o coacción alguna, siendo su

decisión libre y voluntaria vincularse a la AFP PROTECCIÓN, además su solicitud de traslado al RPMPD fue después de 10 años de estar con la AFP privada, excediendo el término legal permitido y generando la prescripción del acto jurídico. De otro lado, la señora GLORIA MARLEN SUAREZ MESA ratificó su deseo de permanecer a la AFP PROTECCIÓN con las diferentes cotizaciones y su ratificación de permanecer en el régimen dentro con las diferentes re asesorías, sin que se haya probado algún vicio del consentimiento.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES presentaron alegatos, en similares términos a los de alzada solicitando que se les absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 16 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la misma, el 21 de enero de 1958, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2015, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de julio de 2018 (fl. 47), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho en el RPM y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 618,43 semanas de cotización de aproximadas (fl. 41), equivalentes a 11 años, 10 mes y 7 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 20 de octubre de 1999 (fl. 55), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.

Aquí y ahora, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

En este contexto decisional se verifica si al momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de

realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 55), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (20 de octubre de 1999, fl. 55), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que no es dable predicar en ese contexto, amenaza al principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746

del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. Advirtiéndose, si COLPENSIONES considera que con la decisión se le causarán perjuicios económicos por parte de PROTECCIÓN, podrá iniciar las acciones administrativas o judiciales que considere pertinentes.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición (que lo es), o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho que la actora hubiese recibido asesorías con posterioridad al traslado inicial al RAIS, ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria al momento del traslado inicial ni convalida la ineficaz afiliación principal.

#### PENSIÓN DE VEJEZ

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al permanecer vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es dable concluir que, la accionante es beneficiaria del régimen de transición al contar con 36 años de edad al 1° de abril de 1994, sumado a que conservó dicho beneficio a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que al 29 de julio de 2005, tenía cotizadas un total de 1.024 semanas, más de las 750 y/o 15 años de servicios allí requeridos para conservar el mencionado régimen transitivo al menos hasta el año 2014. Por tal motivo hay lugar a revisar si a la luz del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó a configurar el derecho pensional por vejez.

En este orden de ideas, de conformidad con la historia laboral de COLPENSIONES y la de PROTECCIÓN S.A., la accionante reporta para el mes de septiembre de 2019, un total de 1.925 semanas; de igual manera al haber nacido el 16 de diciembre de 1958, arribó a 55 años de edad el mismo día mes del año 2013, cumpliendo así los requisitos para acceder la pensión de vejez, de conformidad con lo regulado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normativa que regula en lo pertinente:

«Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:



a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo».

Ahora bien, tal y como lo determinó la a quo, la actora se encuentra activa laboralmente y cotizando al sistema pensional de ahí que, la prestación deba reconocerse una vez se efectúe el respectivo retiro del sistema, para ello COLPENSIONES a efectos del reconocimiento pensional, deberá reconocer la pensión de vejez a la que tiene derecho la demandante, calculando el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 tomando el más favorable, los 10 últimos años de cotizaciones o toda la vida laboral, y teniendo como tasa de reemplazo el 90% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado AIDA MARINA VIVAS AGUILERA contra COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-028-2018-00542-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada, COLPENSIONES y PORVENIR, contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de septiembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora AIDA MARINA VIVAS AGUILERA, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado el 21 de junio de 2001 a la Administradora de Fondo Pensiones – AFP PROTECCIÓN S.A., al no haberle proporcionado información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como desventajas de vincularse a esta AFP; se declare que las AFP PROTECCION Y PORVENIR incurrieron en omisión en el deber de información; se declare que debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se les condene a dichas AFP del RAIS, la ineficacia del tránsito de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por ende, como derivación se les condene al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES. Como resultado de dicho traslado se condene a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada sin solución

de continuidad desde el 02 de diciembre de 1981. Por último, se condene a las demandadas al pago de costas y agencia en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haberse afiliado al ISS el 02 de diciembre de 1981, aportando a este Sistema un total de 360,57 semanas. Posteriormente, se trasladó a la AFP privada PROTECCIÓN S.A. en el mes de noviembre de 1994; no obstante, ahora se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR S.A. Para su traslado, informó que un funcionario de PROTECCIÓN la asesoró para su vinculación sin informarle que su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, tampoco le elaboró una proyección sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional, le indicó que se podía pensionar a cualquier edad sin aclararle las consecuencias sobre su mesada y bono pensional, tampoco le indicó sobre las desventajas de trasladarse de régimen; por el contrario, le expresó su imposibilidad de pensionarse con el ISS en razón a su inminente desaparición; que este funcionario le brindó información sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y así recibir la comisión correspondiente, información que la llevó a suscribir el formulario de vinculación a la AFP PROTECCIÓN; durante el tiempo de vinculación donde no recibió información sobre su oportunidad de regresar al RPMPD hasta antes de los 47 años, ni de la prohibición legal de efectuar el traslado de régimen una vez cumplida esta edad. Posteriormente, radicó un derecho de petición ante esta AFP solicitando la invalidación de su afiliación e igualmente solicitó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen, obteniendo respuestas negativas. Finalmente, informó que actualmente cuenta con más de 1.673 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones (Fls. 1 a 19).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que además de que esta entidad ha actuado de buena fe, la señora AIDA MARINA VIVAS AGUILERA gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, por ende, dicho traslado se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones. Respecto a la validez, se señala que la actora no puede retornar al RPM por la ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales como lo es la pérdida de los beneficios del régimen de transición al trasladarse voluntariamente al ISS. En consecuencia, no puede solicitar la actora la nulidad de la afiliación pues su fundamento es señalar posteriormente inconformidades con las normas y lineamientos propios del RAIS. De otro lado, no existe prueba que durante el acto contractual existieron vicios del consentimiento. Por último, el ordenamiento jurídico expresó su prohibición de

acceder al traslado de régimen una vez le falten al afiliado 10 años o menos para adquirir el derecho a la pensión de vejez. Solicitó que, en caso de un eventual fallo condenatorio, se le absuelva del pago de costas y agencias en derecho por cuanto esta administradora no fue quien incumplió con sus respectivas obligaciones legales. Presentó como excepciones de fondo, las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (fls. 100 a 111).

Por su parte la AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, señalando que no procede la solicitud de nulidad de traslado toda vez que la afiliación no contiene vicio del consentimiento alguno; por el contrario, se dieron todos los requisitos legales para la validez. Que la elección de uno y otro régimen procede de una decisión libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien manifestó por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado. Indicó que los asesores comerciales son constantemente capacitados a fin de garantizar una adecuada orientación y asesoría y a su vez resuelvan las dudas que puedan presentarse, por esto, no podía aducir la señora AIDA MARINA VIVAS AGUILERA que fue engañada, pues además de haber recibido toda la asesoría, tuvo la oportunidad de leer, preguntar o sustraerse de firmar el formulario de vinculación, lo que conlleva a que el proceso de vinculación fue válidamente celebrado entre las partes. Además, la demandante no hizo uso de su derecho de retracto por lo que no puede aducir a su favor la excusa del desconocimiento de la ley y tampoco puede invocar a su favor sentencias de la Corte Suprema de Justicia, pues fueron fundadas con supuestos fácticos diferentes. Presentó como excepciones de fondo, las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 121 a 127).

Por último, la AFP PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, en razón a que las actuaciones de la administradora siempre han ido precedidas de la buena fe y la legalidad, es por ello que todas las personas afiliadas lo han hecho de forma libre y voluntaria, como consta en el formulario de afiliación mediante el cual la señora AIDA MARINA VIVAS AGUILERA manifestó su voluntad de continuar afiliada al RAIS con consentimiento libre de vicios. Señaló que PROTECCIÓN le brindó información completa y comprensible conforme a la normatividad y exigencias de la época; además la información que se suministra a los afiliados va junto con las posibilidades de acceder a ciertos beneficios y con sus respectivos requisitos. De lo anterior, se puede establecer que no hubo insuficiencia en la información brindada a la actora al momento de la vinculación, tampoco se han

causado violaciones en su derecho pensional. De otro lado, la demandante no ejerció la facultad de regresar al RPM, ratificándose en su posición de permanecer afiliada al RAIS y si ahora lo que desea es que se declare la nulidad por vicio en el consentimiento, no es viable pues esta pretensión ya se encuentra cobijada bajo la figura de la prescripción. Aunado a ello, la actora desconoció su deber de información sobre el contrato que deseaba adquirir, no verificó, investigó ni revisó acerca de los productos que estaba contratando, por lo que tampoco puede beneficiarse bajo la excusa del desconocimiento de la ley. Presentó como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «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 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», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» y «traslado de los aportes a otra Administradora» (Fls. 155 a 170).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de septiembre de 2020, declaró la nulidad del traslado de régimen efectuado por la accionante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 03 de mayo de 1994, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. por ser la AFP a la cual se encuentra afiliada la actora, a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó conforme a la jurisprudencia laboral de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información clara, completa, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, advirtiendo sobre el deber de informar tanto lo favorable como lo desfavorable, y las consecuencias que tienen los

traslados y que dicha omisión de la información trae como consecuencia la nulidad o ineficacia traslado; señalando que la carga de la prueba recae directamente en el deber de suministrar información por parte de la AFP que realizó la afiliación . De esta manera, en este caso no se logró acreditar por parte PROTECCIÓN S.A. que a la demandante se le dio una información completa, clara y comprensible sobre ventajas y desventajas con todos los impactos y consecuencias que tenía el cambio del traslado de régimen y posteriormente su afiliación con la demandada PORVENIR S.A., entidad que tampoco acredito haber suministrado información idónea y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado lo que constituye una omisión a su deber de información; que la única prueba allegada fue el formulario de afiliación, pero, este no es suficiente para corroborar que efectivamente se le brindó a la afiliada la debida información, que la llevaría a tomar una decisión libre y adecuada, concluyendo así, que la demandante no fue debidamente informada, por tanto debía declararse la nulidad y volver las cosas a su estado anterior, teniendo a la actora como si nunca se hubiera traslado del régimen de prima media. Agregó que las cotizaciones aportadas por la demandante solo son muestra de su necesidad por pensionarse con un monto mayor.

#### RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., apeló la decisión, precisando que no hubo una debida apreciación de las pruebas pues la accionante admitió en el interrogatorio de parte que suscribió el formulario de afiliación de forma voluntaria y sin ningún tipo de presiones, como alguna situación de constreñimiento por lo que no se encontró ninguna causal que hubiere generado la nulidad. De igual manera, indicó, no se probó que a la demandante se le hubiere causado algún perjuicio ya que al momento del traslado no tenía ninguna expectativa pensional clara, ni era beneficiaria del régimen de transición, con lo cual, declarar la nulidad por una inconformidad en el monto pensional no es motivo de la misma, máxime cuando del interrogatorio de parte se podía denotar que la actora conocía el RAIS. Consideró, además, que se hizo una interpretación errónea del asunto pues tampoco se acreditó que el asesor tuviera la intención de generarle un daño a la actora a futuro, por lo que no era dable aducir que hubo error en la voluntad de la accionante cuando su voluntad fue continuar en la AFP privada. Por otro lado, indicó, frente a la devolución de los saldos contenidos en la cuenta de ahorro de la demandante, que no debió ordenarse la devolución de los gastos de administración pues estos recursos ya fueron apropiados y consumidos dentro de una gestión para generar sus rendimientos.

El apoderado judicial de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, señalando, en síntesis, que la

actora nunca realizó actos que demostraran su intención de no pertenecer a la AFP, pues allí permaneció una cantidad considerable de años, que tampoco se puede declarar la ineficacia por un origen eminentemente económico, lo que conlleva a la ratificación del acto jurídico con todo efecto legal, sumado a que la afiliada tiene la obligación respecto a su status pensional y la actora guardó silencio al respecto.

## SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, solicitando que se les absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por ende, se revoque la sentencia de primer grado. La parte actora, de igual modo presentó alegatos de conclusión señalando que debe confirmarse la decisión. PROTECCIÓN S.A. guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.



Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

A folio 20 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 10 de mayo de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 10 de mayo de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 23 de mayo de 2018 (Fls. 81 y 82), es decir, cuando estaba a menos de diez años para alcanzar la edad pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 660.71 semanas de cotización (fls. 57 a 62), equivalentes a 12 años, 7 mes y 29 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 03 de mayo de 2.000 (fl. 171), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado SKANDIA S.A., hoy OLD MUTUAL.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera

alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 171), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), que le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A, en su momento DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (03 de mayo de 1.994, fl. 171), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado un traslado entre AFPs, no conlleva, necesariamente a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de un traslado dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliada.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, en el sentido de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, en lugar de la nulidad declarada por el juez a quo. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

### DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

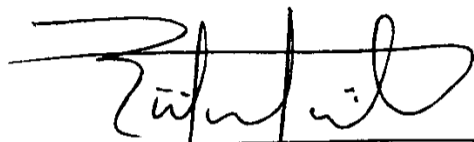
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., de

conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ANITA CASTILLO RAMIREZ  
contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS. Rad 110013105-003-2019-  
00430-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada, COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de octubre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ANITA CASTILLO RAMIREZ, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen efectuado en abril de 2007 del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS, a la Administradora de Fondo Pensiones -AFP COLFONDOS, por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado, para convencerla que se trasladara de régimen pensional; se ordene a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen. En consecuencia, se ordene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros y sus rendimientos que se encuentran depositados en su cuenta de ahorros individual; se ordene a COLPENSIONES recibirla en esa administradora sin solución de continuidad y una vez reciba los aportes proceda a corregir y a actualizar su historia laboral. Se declare que, para todos los efectos la única afiliación válida fue la inicial el 11 de junio de 1985 con el ISS.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 31 de diciembre de 1962, afiliándose al ISS el 11 de junio de 1985 hasta el 01 de septiembre de

1987 y cotizando un total de 116.14 semanas. Luego, se trasladó del RPMPD a la AFP privada COLFONDOS, régimen donde ha cotizado de manera interrumpida hasta la fecha; no obstante, sostuvo que ese traslado no fue precedido de una suficiente información e ilustración por parte del fondo privado por lo que no existió el consentimiento de libertad y voluntariedad, pues no se realizó bajo los parámetros de la real información, razón por la cual, es procedente la anulación del traslado del RPMPD al RAIS. Que la escasa información suministrada respecto de los aspectos positivos y negativos de adoptar tal decisión de traslado, la del traslado, y una inoportuna e insuficiente asesoría sobre los puntos relevantes del traslado de régimen, por esto su voluntariedad no estuvo precedida de su comprensión suficiente, generando la inexistencia de un real consentimiento para tomar la decisión. Tampoco recibió asesoría sobre la proyección de cuál sería su monto pensional en ambos regímenes, para poder tomar una decisión libre que siguieran los parámetros de la libertad informada y el buen consejo que obliga al fondo, sino por el contrario, esta administradora con su indebida y nula información la convenció para que se trasladara de régimen, evidenciándose el engaño e incurriendo en un vicio del consentimiento hacia la afiliada. Adicionalmente, COLFONDOS omitió informar sobre la oportunidad que tenía de trasladarse de régimen, igualmente sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para alcanzar su edad mínima de pensión; la AFP tampoco recibió asesoría sobre la proyección del monto de su mesada pensional en cada uno de los dos regímenes. Que para el año 2019, el monto de la misma sólo alcanzaría el valor de un SMLMV y por mandato legal, contrario al valor superior que alcanzaría en el RPMPD. Que ha cotizado en el RAIS 600 semanas. Finalmente indicó haber radicado derecho de petición a COLFONDOS, solicitando la nulidad del traslado de régimen cuya repuesta fue que esta petición solo es procedente mediante orden judicial; igualmente solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado (Fls. 5 a 24).

#### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que esta administradora siempre ha actuado de buena fe, que la validación de los requisitos del traslado corresponde a la AFP para la cual el ciudadano se encuentra afiliado y no Colpensiones; no obstante, la señora ANITA CASTILLO RAMIREZ no cumple con los requisitos para acceder al pretendido traslado, verbigracia pertenecer al régimen de transición en razón a que la accionante no cuenta al 1° de abril de 1994 con 15 años o más cotizados al sistema. Presentó como excepciones de fondo las de «Prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no

debido», «la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 94 a 100).

La AFP COLFONDOS, contestó la demanda allanándose a todas las pretensiones de la demanda, en razón a que para la fecha de vinculación de la señora ANITA CASTILLO RAMIREZ las afiliaciones se realizaban de manera verbal, por lo que no cuentan con soportes físicos o una proyección de cálculo actuarial encaminado a probar que a la accionante se le brindó la información necesaria que le permitiera establecer un comparativo de mesada en distintos regímenes. Resaltando que no se cuenta con dicho material probatorio pues para la fecha no era obligación archivar documentos diferentes al formulario de afiliación. Por último, solicitó no se le condenara en costas si resultare prospero el decreto de ineficacia y/o nulidad. (Fl. 125)

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 15 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante ANITA CASTILLO RAMIREZ del RPMPD administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., realizado en abril de 2007, para entender vinculada a la actora en forma valida al RPMPD administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos valores que recibió por la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el caso que las hubiere realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados. Ordenó igualmente a COLPENSIONES a aceptar el traslado de los aportes que efectúe COLFONDOS S.A. para que proceda a activar la afiliación de la demandante ANITA CASTILLO, como si nunca se hubiese trasladado del RPMPD y así mismo se actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado. Declaró como no probada la excepción de prescripción alegada por la demandada COLPENSIONES y la condenó en costas

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que ninguna de las demandadas allegó prueba documental escrita o al menos el formulario donde se hubiere podido legalizar el traslado de la demandante, por esta razón surge la causal de ineficacia o nulidad de ese traslado pues, entre otros, uno de los requisitos establecidos está de manera expresa el aportar documentación escrita en la que conste que la selección del régimen se ha hecho de manera libre, espontánea y sin presiones, obligación solemne que no se cumplió en el presente proceso pues con la posibilidad de ser subsanado con el formulario, no se trajo al proceso. Aunado lo anterior, en el año 2007, existía ya



normatividad para las administradoras de prestar una información suficiente, amplia y oportuna durante todo el proceso de vinculación ya que teniendo las administradoras de pensiones la carga de la prueba, en el caso bajo estudio teniéndola COLFONDOS no aportó algún tipo de indicio que permitiera acertar que a la demandante se le ofreció la información exigida legal y jurisprudencial acerca de los dos regímenes pensionales, con sus respectivas ventajas y desventajas. Que conforme a reiteradas sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la simple suscripción del formulario de afiliación no es suficiente y además teniendo en cuenta que la demandada COLFONDOS no presentó pruebas tendientes a demostrar que su información fue comparada, transparente, sobre las características, ventajas y desventajas entre uno y otro régimen. Agregó de otro lado, que los alegatos de la demandada COLPENSIONES no pueden adicionar hechos o pretensiones en la demanda para efectos de garantizar el derecho sustancial, ni tampoco alegar nuevos mecanismos de defensa pues sus excepciones no tienen que ver con lo trazado en la demanda. De otro lado, precisó que en razón a que la demandada COLFONDOS se allanó a las pretensiones de la demanda, no hay lugar a condena en costas. Sin embargo, como el problema jurídico tuvo controversia por la contestación de COLPENSIONES a la demanda, que además fue la parte vencida, debía condenársele al pago de costas y agencias en derecho.

#### RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de COLPENSIONES apeló la decisión, señalando en aras de que se revoque la misma, si bien reconoce que los argumentos esbozados en la contestación son diferentes a los alegatos de conclusión, debía ejercer la defensa de la entidad, siendo la posición de su representada frente a la ineficacia de la afiliación. Argumentó que la afiliación de la accionante a COLFONDOS S.A. fue completamente valida, y que no obra prueba en la que se deslumbre que no se le brindó información con lo señalado en la normativa vigente al momento del traslado de la demandante, consideró que si COLFONDOS S.A. no allegó el formulario de afiliación, ello no significa que no hubiese existido tal afiliación, además señaló que se busca salvaguardar un principio de rango constitucional, como lo es el principio de sostenibilidad financiera, que genera la descapitalización del fondo común, imponiéndole una carga a COLPENSIONES que no está en la obligación de asumir, afectando la garantía de todos los afiliados al RPMPD. Señaló frente a la condena en costas que, al presentar oposición, puso de presente que no tenía conocimiento del allanamiento de COLFONDOS S.A. y no tuvo injerencia en el traslado de la demandante.

#### SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES en similares términos a los expuestos en la alzada, solicitando que se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora, por su parte solicitó se confirme la decisión de primer grado.

### PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

### CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°.

A folio 90 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 31 de diciembre de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 31 de diciembre de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 14 de diciembre de 2019 (Fl. 46), es decir, a pocos días de alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 116.14 semanas de cotización (fl. 25), equivalentes a 2 años, 2 mes y 21 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1° de enero de 2.007 (Fl. 30), específicamente, según se evidencia de la información consignada en la historia laboral expedida por COLFONDOS (fls. 26 a 31).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de

---

indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, la AFP no demostró siquiera el acto de afiliación a través del formulario, el cual, en todo caso, vale precisar tampoco permitiría inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (01 de enero de 2007 fl. 30), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas del seguro previsional, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para

impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, con la advertencia de que el allanamiento presentado por COLFONDOS, a la luz de los artículos 98 y 99 del CGP, resulta ineficaz, aunque se efectuó de manera expresa, pues para el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un litisconsorcio necesario donde el fallo que se produzca les atañe, en perjuicio o en su beneficio, a todos por igual, por lo que resultaba necesario para que el allanamiento alcanzara eficacia, que hubiese sido efectuado por todos los codemandados.

En efecto, recuérdese que la aquí demandante pretendía la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional efectuado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., cuya consecuencia, no es otra que continuar afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo cual conlleva a que necesariamente COLPENSIONES asuma la carga de admitirla como afiliada suya en el RPMPD que administra, que como se pudo determinar, acarrea el tener que recibir los aportes efectuados en el RAIS y eventualmente tener a su cargo las prestaciones económicas a que tuviera derecho la afiliada demandante (riesgos de IVM - Indemnización).

En este escenario, que vale recordar, se estudia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de los intereses de COLPENSIONES, resulta evidente que en tratándose de un litisconsorte necesario, como es el caso que nos ocupa, donde el asunto a resolver versa, en los términos del artículo 61 del CGP «sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, [debe] resolverse de manera uniforme», resultaba necesario que COLPENSIONES también se hubiere allanado a la pretensión relativa declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la vinculación del demandante a COLFONDOS y por ende de su vinculación al RAIS, con las consecuencias ya anotadas, pues como ya se dijo, tales ordenes la afectaban directa pero exclusivamente a ella, produciéndole «efectos de cosa juzgada» como lo preceptúa el

numeral 5 del artículo 99 del CGP, configurándose pues, otra causal de ineficacia de dicho allanamiento.

En suma, como el extremo procesal pasivo está conformado por una pluralidad de sujetos procesales que concurren como destinatarios de los efectos de la sentencia en su contra, individual o conjuntamente considerados, lo cual afecta sus intereses, no solo procesales sino financieros, más aun cuando se trata de entidades que administran el Sistema General de Pensiones respecto incluso de los cuales la Nación es garante, directa o indirectamente, y uno de estos sujetos «privados» previamente se allana a las pretensiones, es por lo que tal allanamiento obviamente incidía en los resultados del proceso respecto de los demás que conforman la pasiva, como ocurre en el sub iudice, y particularmente, sin atender que la entidad que se allana es de la cual se predica la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual luce, por lo menos, contrario a una conducta ajustada a la probidad y rectitud con la que se debe actuar ante la administración de justicia, debiendo por lo menos explicar cómo y porque accedió al traslado de régimen pensional de la actora y no limitarse a allanarse a las pretensiones como si reconociera que con conocimiento de causa ejecutó actos contrarios a su deber legal y consagrado en las disposiciones que regulan esta materia, en particular las obligaciones profesionales que se derivan de ser administrador de un régimen pensional.

Todo lo cual, no solamente iba en desmedro de los intereses procesales de los demás sujetos que NO intervinieron en tal acto, sino que comporta el incumplimiento de expresos deberes legales, como parte o apoderados judiciales, según el artículo 78 del CGP, por lo tanto, como COLPENSIONES no participó de dicho acto jurídico al echarse de menos en el proceso el acta respectiva del Comité de Conciliación de dicha entidad, tal como lo ordenan el artículo 65B– de la Ley 23 de 1991, adicionado por la Ley 446 de 1998 y su Decreto Reglamentario 1716 de 2009, resulta claro que no es dable aceptar dicho allanamiento, y menos aún para exonerarse de las costas procesales del litigio.

Por tal motivo, considera la Sala que debe igualmente imponerse costas procesales a COLFONDOS, entidad que dio lugar a que se iniciara la presente controversia y que, además, resultó vencida en juicio con COLPENSIONES, entidad que a su vez, si bien no participó en el negocio jurídico que da lugar a la ineficacia acá declarada, sí se opuso a la prosperidad e las pretensiones incoadas. Por lo tanto, se hace viable la condena en costas a las dos entidades, por ende, se modificará la decisión en este aparte de la sentencia, para elevar condena contra dichas entidades.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, precisar que la condena en costas de primera instancia se impone por igual a las accionadas COLFONDOS Y COLPENSIONES, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTROYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL  
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proceso ordinario laboral de PABLO ENRIQUE CHAVARRO PULIDO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Rad. 110013105-002-2019-00142-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor PABLO ENRIQUE CHAVARRO PULIDO, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que COLPENSIONES de cumplimiento al Acto Legislativo 01 de 2005, en el sentido de respetarle el régimen de transición, ya que cumple con más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y cumple con la edad. En tal virtud, se le reconozca la pensión de vejez con las 1000 semanas y 60 años ya que es merecedor del régimen de transición. Que dicho reconocimiento se haga desde la fecha de su causación, es decir, desde el 01 de agosto de 2012, hasta la sentencia judicial que ponga fin a la solicitud de reconocimiento, junto a los intereses moratorios y la condena en costas a la parte demandada.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que presentó solicitud de pensión de vejez en el año 2014, la cual le fue negada mediante las resoluciones GNR 362764 del 13 de octubre de 2014 y GNR 249848 del 24 de agosto de 2016; que presentó los recursos de reposición y de apelación frente a las resoluciones en mención. Que nació el 1° de agosto de 1952, y a la fecha cuenta con 66 años cumplidos y cotizó al sistema un total de 7627 días correspondientes a 1.089 semanas durante toda su vida laboral

y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 15 años y un mes de servicios cotizados, y contaba con 41 años de edad cumplidos, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición. Que en la Resolución No SUB 215687 del 4 de octubre de 2017 se manifiesto que es beneficiario del régimen de transición; precisando que al 25 de julio del año 2005 contaba con 782 semanas cotizadas, cuando salió el acto legislativo No 01 del 25 de julio de 2005, a los cuales se mantendrá el régimen de transición hasta el año 2014 (sic). Que Colpensiones manifiesta en su Resolución SUB21687, que si bien contaba con dichas semanas cotizadas a diciembre de 2014 y contaba con 62 años, sólo acreditaba 976 semanas cotizadas, siendo necesarias las 1000 semanas a esta fecha de tal manera que no conservó el régimen de transición. Que Colpensiones hace una interpretación errada frente a la solicitud pensional, ya que el Acto Legislativo No. 01 manifiesta que se le respetará el régimen de transición a las personas que a la entrada en vigencia de la Ley, tengan 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, y él tiene 782 semanas cotizadas, y cuando solicita su pensión tiene 1089 semanas cotizadas razón más que suficiente para conceder el derecho (fls. 02 a 09).

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que aunque el demandante era en principio beneficiario del régimen de transición, pues contaba con 40 años de edad y 781,42 semanas al 01 de abril de 1994, régimen que extendió hasta el 31 de diciembre de 201, porque al 25 de julio de 2005, contaba con las 750 semanas requeridas. Sin embargo, no cumplió los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, pues al momento de cumplir los 60 años de edad en agosto de 2012, no tenía, ni 500 semanas en los 20 años anteriores ni 1.00 semanas a ese momento y al 31 de diciembre de 2014 sólo contaba con 977.58 semanas. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia de la obligación», «improcedencia de los intereses moratorios», «buena fe», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls.34 a 43).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que al 1° de abril de 1994 el actor contaba con más de 40 años, siendo beneficiario del régimen de transición según el

artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual se extendió hasta el 31 de diciembre del 2014 dado que conforme al Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas y/o 15 años de servicios al momento de entrar en vigencia el mismo. En tal sentido, estableció que si bien el demandante acreditó tener más de 60 años de edad, no acreditó el requisito de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, toda vez que no tenía 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni tenía 1.000 en cualquier tiempo. Precizando que tampoco las acreditó al 31 de diciembre del 2014, momento hasta el cual era posible extender el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 del cual era beneficiario el demandante, por lo que no consolidó su derecho bajo los requisitos del Acuerdo 049.

### RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, reiterando los argumentos expuestos en el libelo inicial, expresando que según el Acto Legislativo No. 01 se le respetará el régimen de transición a las personas que a la entrada en vigencia del mismo tengan 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo, y el actor tiene 782 semanas cotizadas, además tenía 41 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, además cuando solicitó la pensión tenía 1089 semanas cotizadas, de modo que tenía más de 1.000 semanas en cualquier tiempo, sin establecer ninguna condición adicional, por tanto, sostiene que se le debe reconocer la pensión de vejez solicitada.

### SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

### PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por la parte actora, para ello se analizará si el actor es beneficiario del régimen de transición y si cumple con los requisitos exigidos por el artículo 12 del Decreto 0758 de 1990, revisando desde luego, si conservó dicho régimen transitorio en los términos del A.L. 01 de 2005.

## CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene que conforme a las resoluciones GNR 249848 del 24 de agosto de 2016, SUB 223043 del 13 de octubre de 2017 y SUB 215687 del 04 de octubre de 2017, la cédula de ciudadanía y el reporte de semanas cotizadas (fls. 10 a 29, 44 y Exp. Aactivo. FI. 45) se evidencia que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad y contaba con 781,57 semanas cotizadas, esto es más de 15 años de servicios, lo que en principio lo hace beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal.

Determinado lo anterior, debe advertirse que de conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005 en su párrafo transitorio 4º, el régimen de transición no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos afiliados, que estando en dicho régimen, acrediten cotizadas 750 semanas a la fecha de vigencia de la citada reforma constitucional que ocurrió el 29 de julio de 2005, requisito que sin lugar a dudas acredita el demandante, conforme se ha advertido en precedencia, por tal razón, el demandante extendió el beneficio del régimen de transición hasta el año 2014.

En tal sentido, es menester precisar que el aquí demandante al ser beneficiario de la transición normativa establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que su situación pensional pueda estudiarse con fundamento o bajo la égida del régimen pensional que le resulte más favorable en el evento de que sea beneficiario de dos o más regímenes pensionales anteriores, como lo señala como premisa de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en la reciente sentencia SL832-2018 de 28 de febrero de 2018 (rad. 56466). En este caso de acuerdo a la historia laboral aportada, le resultaba aplicable en dicha condición la prestación por vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, disposición con la que pretende la parte actora obtener el reconocimiento pensional.

Así las cosas, sumada la totalidad de semanas antes mencionadas se tiene que al 31 de diciembre de 2014, sólo se acredita un total de 978,29 semanas de cotización, las cuales resultan insuficientes para configurar el derecho a la pensión de vejez en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues no cotizó 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, pues sólo se verifican 189,29 y tampoco 1.000 en cualquier tiempo, bajo el entendido que en este caso es, el régimen que le favorecía solo se extendía hasta el 31 de diciembre de 2014.

Siendo ello así, no queda duda alguna que el actor perdió el régimen de transición dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida que no acreditó el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990 para la causación del derecho pensional pretendido, que debía satisfacer con anterioridad a la fecha señalada en precedencia, pues esta fecha es el límite temporal de su aplicación.

Si bien es cierto, el señor CHAVARRO PULIDO en el año 2014 contaba con la edad (más de 60 años), lo cierto es que no pueden ser acogidos los argumentos del recurrente en la medida que el actor a pesar de ser beneficiario del régimen de transición, tan solo contaba con la mera expectativa de adquirir el derecho pensional a futuro y bajo los parámetros establecidos en el Decreto 758 de 1990, sin embargo, la misma expectativa no puede quedar indefinida en el tiempo, pues es claro que las expectativas legítimas deben estar sometidas a las normas vigentes, siendo ello así, necesariamente debe darse aplicación a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, del cual sin lugar a equívocos se colige que dadas las condiciones acreditadas por el actor, su expectativa legítima fenecía el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual se debía encontrar causado el derecho pensional con el cumplimiento no solo de la edad, sino también del tiempo de servicio o de cotizaciones al sistema, situación que no ocurre en el caso bajo examen, pues las más de 1.000 semanas que se verifican no las adquirió el pensionado bajo la óptica del acuerdo 049 de 1990, sino que fue cumplida con posterioridad al año 2014.

En concordancia con lo anterior, hace notar la Sala que los argumentos planteados por el apoderado del demandante no tienen ningún asidero, pues es claro que el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, pervivió hasta la fecha indicada, pero sólo en virtud del régimen de transición consagrado en dicha norma. Por lo tanto, debe someterse su aspiración prestacional a la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, de donde también se colige que no le asiste el derecho al reconocimiento pensional en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, toda vez que al menos desde el año 2014 se exige para acceder al reconocimiento pensional una densidad de 1.275, en adelante 1.300 semanas, y el actor ostenta hasta el mes de marzo de 2017, un total de 1.089.57 semanas.

Corolario de lo brevemente expuesto hasta aquí, ello resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS  
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO  
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN  
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.