

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19 2016 00659 01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: PROTECCIÓN S.A.
DEMANDADO: LINOTIPIA MARTÍNEZ S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

AUTO

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante, contra la providencia mediante la cual, se declaró probada la excepción de prescripción respecto de las cotizaciones correspondientes a los periodos de cotización e intereses de mora con anterioridad al 10 de octubre de 2011. (fl. 138).

ANTECEDENTES

El juez de primer grado, libró mandamiento de pago a favor de la ejecutante por concepto de capital e intereses de mora del mismo causados y no pagados hasta el 1 de febrero de 2016 y desde la fecha del requerimiento hasta el día del pago efectuado en su totalidad. (fl. 39)

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

En audiencia de que trata el artículo 42 CPTSS, la juez de conocimiento, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada respecto de los créditos cuya fecha de causación y exigibilidad anterior al 10 de octubre de 2011, declarando terminada la ejecución de la referencia. (fl. 147)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2016 659 01 Dte: PROTECCIÓN S.A. Ddo.: LINOTIPIA MARTÍNEZ S.A. S.

Como sustento de su decisión indicó la Juez:

El artículo 442 del CGP aplicable por la integración, normativa del procedimiento del trabajo, el 145 establece “ en el proceso ejecutivo pueden proponerse las siguientes excepciones; 1. Dentro de los 10 días siguientes de la notificación del mandamiento ejecutivo el demandado podrá proponer menciones de mérito, deberá expresar los hechos en que se funde las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas, 2; cuando se trata del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, remisión, prescripción o transacción siempre que sea en hechos posteriores de la respectiva providencia o nulidad, o falta de notificación o pérdida de la cosa debida” , así las cosas el despacho advierte que no se pronunciará de fondo sobre la excepción que fue propuesta e inexistencia de las obligaciones ejecutadas y se rechazara de plano a no ser un medio efectivo contemplado en la citada norma, conforme a la normatividad anterior se adhiere el despacho a resolver la excepción denominada prescripción con tal objetivo corresponde a mirar lo siguiente; la parte convocada a estas diligencias aduce que en este caso se configura la prescripción en relación a los artículos 151 del CPTSS, por su parte la administradora ejecutante se opone a la prosperidad de ese medio bajo el entendido que dada la naturaleza de los aportes al sistema de la seguridad social como recaudos de carácter parafiscal no es aplicable esta figura ya que también apoyan el derecho que el uso de la pensión es imprescriptible y mientras que concluyen el requisito se da el tiempo de cotización, la prestación está sometida a condición suspensiva sin que pueda ser analizados los elementos constitutivos de manera separada y en este entendido no puede predicarse la prescripción de los elementos que conforman la prescripción como un derecho imprescriptible”.

También se apoyó en las consideraciones del Ministerio del Trabajo donde precisó que el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones implica un derecho irrenunciable por lo que en caso de conflictos entre estos derechos y cualquier otra norma se preferirá los derechos laborales excluyendo en plano la injerencia de la norma civil y lo tributario y en consecuencia las diferentes administradoras de los sistemas en cuestión pueden adelantar en cualquier momento las acciones de cobro atinentes a obtener el pago de las cotizaciones que le adeudan, dicho lo anterior se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción para lo cual resulta remitirnos al ordenamiento que regula el cobro de los aportes pensionales, la ley 100 de 1993 artículo 24 establece “ corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo de incumplimiento de las acciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expide el Gobierno Nacional para tal efecto la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestara mérito ejecutivo”, los artículos 4,14,21 y 23 del decreto 656 del 94 los cuales indican que las administradoras de RAIS deben prestar los servicios de forma eficiente, eficaz y oportuna siempre que sus obligaciones también se encuentran la de adelantar las acciones de cobro, de cotizaciones atrasadas advirtiéndole que en caso de que al momento de absolver las prestaciones por parte del afiliado, no cuente con los recursos suficientes por razones imputables a las administradoras corresponderá a dicha entidad asumir las pensiones provisionales con cargo a los recursos de las sumas a que tendrían derecho para entender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado a sus obligaciones dado que la misma cuenta con los mecanismos que le permiten determinar de forma permanente la mora o el incumplimiento del pago de cotizaciones por parte de los empleadores, el artículo 5 del decreto 2633 del 94 el cual faculta las administradoras del RAIS a realizar el cobro de las cotizaciones no pagas ante la jurisdicción ordinaria luego de que cumplidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores se completen en los 15 días siguientes a requerir el pago pueden elaborar la liquidación que presta mérito ejecutivo según lo establecido por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 54 de la ley 383 de 1997 estableció la posibilidad de aplicar estatuto tributario nacional administrativo y con todas las contribuciones y aportes inherentes a la nómina tanto en sector privado como en sector público establecidas en las leyes 58 del 63, la 27 de 1974



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2016 659 01 Dte: PROTECCIÓN S.A. Ddo.: LINOTIPIA MARTÍNEZ S.A. S.

y la 21 de 1982, 89 de 1998, y 100 de 1993 de hecho marco normativo se colige que aunque la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales para solventar las situaciones en mora e imponer las sanciones a que haya lugar al punto de que omitirse sus liquidaciones preste mérito ejecutivo también le fija plazos para ese efecto, esto es para que una vez vencido el lapso para efectuar la consignación requiere de mora el empleador en el pago de las mismas y la liquidación de allí de las que se desprende y que así como la ley le brinda a las AFP todas las garantías de asegurar su estabilidad financiera, también la sujeta al cumplimiento de las gestiones correspondientes dentro de los términos previamente establecidos, en este orden de ideas no resulta el argumento planteado por la parte ejecutante encaminado a desconocer el fenómeno jurídico de la prescripción si se tiene en cuenta que la ley 100 de 1993 junto con su decretos reglamentarios además de estipular un plazo para que la administradora adelante el requerimiento y posterior liquidación el cual se recuerda es una vez vencido el plazo para la consignación análoga además se dio expresamente la remisión lógica de otros ordenamientos jurídicos no regulado por la misma específicamente las normas aplicables a las sociedades de servicios financieros y las instituciones financieras por lo que contrario a lo afirmado por la parte actora, no se vulnera la constitución ni las leyes sociales con tal declaratoria que juegue un papel trascendental determinar cuál es el sujeto de la relación que la soporta, esto es si es la administradora o el afiliado o empleador debiéndose afirmar sobre esa base que de ninguna manera la prescripción se predica frente a los derechos del trabajador particularmente su derecho pensional por la razón de que el mismo es imprescriptible por su carácter vitalicio decayendo por tanto de manera exclusiva en la medida de que es a ella que se castiga su inactividad cuando encontrándose en la obligación de adelantar el cobro de la cotización o aporte en procura de sostenerse financieramente no lo hace de manera oportuna pese a tener todas las herramientas jurídicas para ello, se colige de todo lo expuesto a riesgo de ser reiterativa que no es dable trasladar ninguna de las anteriores responsabilidades al trabajador frente a quien se ha decantado de tiempo atrás que aun así la administradora no recibe el pago oportuno, de las cotizaciones se encuentra en la obligación de asumir el reconocimiento y el pago de las contingencias amparadas pues la ley le otorgó todas las posibilidades para el cobro por supuesto que en el momento alguno el afiliado puede soportar la omisión en la que debieron haber incurrido al empleador, la administradora al respecto basta recordar que dicha situación ya ha sido debidamente estudiada por nuestro órgano de cierre y para lo cual puede verificarse entre otras la sentencia 31063 del 26 de agosto de 2008 de la Sala Laboral de la Honorable Corte, no se trata entonces de desconocer o lesionar el derecho del trabajador como tampoco de patrocinar la omisión del empleador quien tiene la obligación de pagar las cotizaciones de los plazos fijados por la ley so pena de atenerse a las acciones previstas para tal fin, es que por supuesto se encuentran sujetas a plazo de acuerdo al principio según el cual no hay derecho sin acción, prescripción o caducidad, sin que con ello se lesione los intereses del afiliado, toda vez que se reitera presente a el que los aportes a la seguridad social en pensión no prescriben cuando este aún no ha causado el derecho o criterio con lo expuesto por la honorable corte suprema de justicia sala laboral entre otras la sentencia 35554 del 2012, 35083 de 2010 y la 21378 de 2004 así como también la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C895 del 2009 en la que al abordar el tema de la prescripción particularmente del recobro de las cuotas partes pensionales tuvo la oportunidad de puntualizar respecto al fenómeno de la prescripción” la prescripción llamada instintiva o liberatoria realiza la extinción de un derecho especialmente de un crédito por el solo transcurso de cierto plazo de tiempo cuyas manos todo parece que gasta las instituciones, las leyes y las palabras hecha al olvido sobre los derechos que caen también en desuso cuando no han sido ejercitados durante un tiempo fijado por la ley su no utilización conduce a su abolición”.

Ahora bien tratándose del termino prescriptivo resulta conveniente traer a colación la decisión de la H. Corte Constitucional en lo que a lo pertinente puntualizo “ se ha señalado que como los aportes a la seguridad social constituyen aportes parafiscales para su cobro debe recurrirse a las normas que regulan el proceso de procedimiento tributario y no a las normas laborales particularmente relacionado con el término de prescripción de la acción del cobro, artículo 817 del estatuto tributario, posición que se encuentra expuesta en la sentencia de 2 diciembre de 2010 radicada en el número 17365 del Consejo de Estado bajo tales derroteros y descendiendo en el presente



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2016 659 01 Dte: PROTECCIÓN S.A. Ddo.: LINOTIPIA MARTÍNEZ S.A. S.

asunto establecido como se encuentra que la prescripción que se aduce en esta actuación es procedente tanto no estamos en presencia de obligaciones perennes y que las prestaciones derivadas de las cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte pues deben ser cubiertos por la AFP sino adelantó las gestiones de recaudo oportunamente o por el empleador según el caso, habida cuenta que no estamos ante la prescripción del derecho pensional ni de las cotizaciones consideradas propiamente como tal, sino en la acción de la administradora tendiente al cobro la cual de acuerdo con las disposiciones legales se encuentra reguladas por el estatuto tributario artículo 817 que establece como término de prescripción de las acciones de cobro en 5 años contados a partir de la fecha que se hicieron legalmente exigibles por lo que una vez verificado el caso en concreto se encuentran los presupuestos para declararse probado este medio efectivo respecto a la sumas cobradas considerando que parte ejecutante interrumpió el termino prescriptivo con la liquidación del 25 de octubre del 2016 folio 10, de acción de cobro respecto a las cotizaciones no pagadas y sus correspondientes intereses de mora por lo que los valores causados con anterioridad al 10 de octubre del año 2011 se encuentran afectados por la prescripción, razón por la cual se declarara probado esta excepción dadas las resultas del estudio de la excepción de prescripción el despacho pues se releva del estudio de las excepciones propuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con dicha decisión, el apoderado de la ejecutante señaló:

El argumento que traigo a colación a la revocatoria de este auto proferido radica explícitamente en que el fenómeno de la prescripción se encuentra digamos que interrumpido por la parte demandada desde el momento en que ellos contestaron la demanda y propusieron las correspondientes excepciones porque desde allí ellos han venido reconociendo que efectivamente. 1. Pagaron en mora los aportes pensionales objeto de cobro de esta demanda y 2. reconocen que se están debiendo los intereses de mora causado únicamente que eso ha sido el fundamento principal de la discrepancia dentro de esta Litis en la forma de cómo fueron imputados los pagos realizados por los demandados; así mismo cuando a la parte demandada se le corrió el traslado de la actualización del estado de deuda que se le hizo según lo ordeno el juzgado, el apoderado de la parte demandada reitera nuevamente que efectivamente si se adeudan los intereses de mora pero no respecto los periodos de diciembre del 97, marzo del 99 y diciembre del 2001, diciendo “ que arroja como resultado un total adeudado por concepto de intereses \$2.871.800 que es lo que ellos manifiestan expresamente que están adeudando en este momento al fondo de pensiones, este fundamento da mérito a que se presente una renuncia expresa al fenómeno de la prescripción y por ende pues no se podría hacer el reconocimiento que se está haciendo en la providencia dictada en esta audiencia.

CONSIDERACIONES

En aras de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que en el presente asunto, se inició acción ejecutiva prevista en en el artículo 5 del Decreto 2633 de 1994, que al efecto prescribe:

“En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2016 659 01 Dte: PROTECCIÓN S.A. Ddo.: LINOTIPIA MARTÍNEZ S.A. S.

informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que ésta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimulación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordasteis.

Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”

En lo referente a la prescripción de la acción judicial para el cobro de aportes en los términos de la normatividad transcrita, se tiene que como bien lo señaló la juzgadora de instancia, dicha acción está sometida al fenómeno prescriptivo, por cuanto así lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia STL 3387 del 18 de marzo de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, oportunidad en que señaló:

*Así las cosas, concluye esta Sala que la entidad administradora de pensiones, **no puede hacer exigibles en cualquier tiempo, todos aquellos aportes que el empleador debió haber cotizado por efecto de las vinculaciones contractuales del afiliado durante toda su vida laboral, pues de aceptarse que la acción de cobro que debe adelantar la AFP frente al empleador moroso de los aportes al sistema general de pensiones, es de carácter imprescriptible, se desconocería la finalidad de las diferentes facultades de fiscalización, de control, acciones precoactivas y coactivas, otorgadas por el legislador a dichas entidades, a efectos de hacer efectivo el pago de los aportes por parte del patrono renuente.***

Resulta relevante advertir, que no es el trabajador el que sufre las consecuencias de la prescripción de sus aportes, sino la entidad administradora de pensiones, quien debe responder con su propio patrimonio por todos y cada uno de los aportes que dejó de cobrar en tiempo con su correspondiente rendimiento, o dicho en otras palabras, que dejó prescribir por su incuria o negligencia, tal como lo prevé el inciso tercero del artículo 21 del Decreto 656 de 1994.

En concordancia con lo expuesto, al ser los aportes a la seguridad social, contribuciones parafiscales, para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 del 97, según el cual, las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobros contenidas en el libro quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y los aportes inherentes a la nómina, tanto en el sector privado como en el público, establecidas en las leyes 58 del 63, 27 de 74, 21 del 82, 89 del 88 y 100 del 93.

Así las cosas, conforme al artículo 17 del Estatuto Tributario, que fue modificado por el artículo 53 de la Ley 1739, se establece que la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco años. (Negrilla fuera del texto original)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2016 659 01 Dte: PROTECCIÓN S.A. Ddo.: LINOTIPIA MARTÍNEZ S.A. S.

Así las cosas, acogiendo el criterio jurisprudencial en cita resulta acertada la decisión de primer grado en cuanto declaró probada la excepción de prescripción de los aportes pensionales respecto de los cuales se libró mandamiento de pago y que conforme liquidación de los mismos que constituye el título ejecutivo de esta acción aportada a folios 11 y subsiguientes del plenario, documental de la que se establece que el último periodo que pretende cobrar la AFP a la aquí ejecutada data del año 2008, siendo claro que en efecto se encuentra prescrita la acción para ejercer el cobro de dichos aportes, como quiera que el requerimiento de que trata la normatividad antes transcrita, fue efectuado por la AFP, sólo hasta abril de de 2016 (fl. 33), lo que determina que transcurrieron más de los 5 años previstos en el artículo 17 del Estatuto Tributario y tal requerimiento, no tuvo la virtud de interrumpir el fenómeno prescriptivo.

Aunado a lo anterior y contrario a lo señalado por la AFP recurrente, dicho fenómeno prescriptivo no se entiende interrumpido por la aceptación de la obligación por parte de la ejecutada, ya que en efecto esta parte no discute la existencia de la misma y el medio exceptivo bajo estudio implica la extinción de tal obligación por no haber efectuado su cobro de manera oportuna, más no que la obligación se predique inexistente como erradamente lo indica la ejecutada en su recurso.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia apelada por lo antes expuesto.

SEGUNDO: sin costas en la alzada.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2016 659 01 Dte: PROTECCIÓN S.A. Ddo.: LINOTIPIA MARTÍNEZ S.A. S.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: GRATINIANO NIÑO
DEMANDADO: ALIANSALUD EPS S.A.
RADICADO: 11001 22 05 000 2021 01255 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 30 de enero de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual no accedió a las súplicas de la demanda.

Como fundamento de sus pretensiones el señor Gratliniano Niño expuso que afilió a su cónyuge a la Eps accionada como beneficiaria, quien presentó patología denominada trastorno de disco lumbar y otros con rediculopatía desde el año 2017, que su médico tratante le ordenó examen de imagenología, indicándole que la realización de los mismos era de carácter urgente y que el trámite para autorización y realización del mismo podría tener demoras, razón por la cual, decidieron acudir en septiembre de 2016 al servicio de imagenología particular, examen que tuvo un valor de \$179.600.

Que con dichos resultados acudieron ante la accionada a solicitar cita para la revisión de dicho resultado, a lo que les indicaron que no había agenda para asignación de cita, que debido a dicho padecimiento de su esposa que le generaba muchos dolores, en septiembre de 2016, realizaron cotización del procedimiento quirúrgico Foraminoplastia Endoscópica L4, L5 y L5 S1, por ser el procedimiento adecuado para tratar la patología de su esposa Marlen Montaña y como quiera que a dicha data, la Eps únicamente le había realizado terapias y tratamiento con medicamentos.

Señala que teniendo en cuenta el tratamiento urgente que requería su cónyuge se decidieron por realizar el procedimiento antedicho de manera particular el 30 de septiembre de 2016, el que fuera realizado en la Clínica Reina Sofía, por el profesional Jorge Ramírez, a quien se le canceló la suma de \$10.000.000 por concepto de honorarios; de igual forma, dicho procedimiento requirió medicamentos, material quirúrgico, derechos de sala de cirugía, recuperación, oxígeno, imagenología, anestesia y derechos de uso de equipos de cirugía, por lo que tuvo que sufragar la suma de \$7.392.893, aunado a lo cual, luego del procedimiento le practicaron 5 terapias que tuvieron un costo de \$80.000.

Indica por último que solicitó el reembolso de los valores antedichos ante la accionada, a lo cual esta entidad le contestó que no reposaba orden médica en su base de datos del procedimiento cuyo reembolso solicitaba. (fls. 2 a 4).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 30 de enero de 2020, resolvió NO acceder a las súplicas de la demanda, para lo cual señaló en síntesis que la EPS accionada había acreditado que venía brindando tratamiento a la señora Marlen para la patología que presentaba de *trastornos del disco lumbar y otros con radiculopatía* en la red de prestadores adscrita a esta como se evidenciaba de las pruebas de esta aportadas al plenario y no obstante ello, la paciente por voluntad propia requirió de los servicios especializados del profesional Jorge Ramírez en la Clínica Colsanitas, así como la realización del procedimiento quirúrgico cuyo pago peticionaba, no evidenciándose negativa injustificada de la Eps o negligencia de esta de brindar la atención en salud a la señora Marlen, ya que contrario a ello había quedado probado que el accionante y su esposa habían acudido de manera libre y voluntario a la Clínica Reina Sofía, para la realización del procedimiento quirúrgico.

De igual forma indicó que la Clínica Reina Sofía, no había notificado a la EPS de la práctica del procedimiento que realizó a la señora Marlen, ni solicitó autorización de servicios para el efecto, en razón precisamente a que el demandante y su cónyuge, solicitaron dicho servicio de manera particular.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el demandante indicó que la demanda por él interpuesta cumplía con los requisitos legales, se había demostrado en el proceso que el padecimiento de su esposa databa desde el año 2008 y con el tratamiento brindado por la accionada, no mostraba mejoría y por ello se vieron avocados a acudir a una red de prestadores distinta a la de la accionada.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *“el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio se observa de manera clara que los reembolsos reclamados en esta oportunidad por el accionante, no cumplen con los requisitos de la norma transcrita para que proceda el reconocimiento de los mismos, ya que como lo indica la decisión apelada fue una decisión **libre y voluntaria** por parte del actor y su cónyuge el haber acudido a los servicios y procedimientos médicos cuyo reembolso reclama, los que acepta esta misma parte, **no fueron autorizados por la Eps accionada**, pues señala en el libelo demandatorio que ninguna autorización medió por parte de Aliansalud S.A., para la práctica del examen de imagenología y menos para el del procedimiento quirúrgico realizado, sino que procedieron a efectuar el pago del mismo por el estado de salud de la señora Marlen, sin que se itera obre una orden médica expedida por el médico tratante para el efecto.

Es así como contrario a lo señalado por el recurrente, el sólo padecimiento de una patología, no implica que la EPS deba reconocer todos los gastos en que incurra el afiliado de manera **voluntaria** para el tratamiento de la misma, ya que se itera el reembolso únicamente procede cuando dichos servicios y procedimientos son autorizados por el médico tratante de la EPS, y hay omisión o demora injustificada de esta en proporcionarlos lo que no ocurre en esta oportunidad, razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 30 de enero de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

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



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-00103-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: RUBÉN DARÍO MOLANO PIÑEROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de mayo de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor RUBÉN DARÍO MOLANO PIÑEROS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de su vinculación al RAIS efectuada a través de la AFP PROTECCIÓN para abril de 1996 por cuanto existió un error de hecho que vició su consentimiento. Así mismo, solicita se declare su traslado posterior a la AFP PORVENIR en diciembre de 1999. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual del actor como bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc; se condene a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación del actor y actualizar su historia laboral, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 5 a 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de marzo de 1960; laboró para FEDECAFE desde el 01 de febrero de 1991 hasta el 31 de mayo de 1996; realizó cotizaciones a COLPENSIONES; en abril de 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN, la cual no le informó sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, desventajas de afiliarse al RAIS y los distintos escenarios comparativos de su pensión; en diciembre de 1999 se afilió a la AFP PORVENIR sin recibir tampoco la asesoría requerida. Indica que durante su permanencia en el RAIS nunca recibió una asesoría completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional; el 31 de octubre de 2018 le solicitó a la AFP PROTECCIÓN, a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES que anularan su afiliación al RAIS, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 6 a 8).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 23 y 25 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fl. 126 a 134).

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 18, 21 y 24, negó el 5, 6, 7, 8, 9 y 19 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la genérica. (fls. 171 a 189).

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 11, 16 y 22, negó el 12, 13, 14, 15, 17, 19 y 26 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls. 229 a 248).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de causa para pedir y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del señor RUBEN DARÍO MOLANO PIÑEROS, identificado con la C.C. 79.105.855, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado inicialmente por COLMENA S.A., y su posterior



vinculación en el mismo régimen pensional a AFP PORVENIR S.A., fue ineficaz y, por consiguiente, no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el señor MOLANO PIÑEROS, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación del demandante sin solución de continuidad, según las razones señaladas.

CUARTO: ORDENAR a las Administradoras de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con sus rendimientos e intereses, asumiendo cada una los gastos de administración que descontaron de la cuenta del demandante, lo que significa que también deberán trasladar los gastos de administración a COLPENSIONES.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir ese traslado de dineros a favor del demandante que efectúen las codemandadas PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., y convalidarlos en la historia laboral del actor.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., por lo que se dispone que en firme esta sentencia, por Secretaría se practique la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$900.000, M/Cte.

OCTAVO: (sic) **SE DISPONE LA CONSULTA** de esta sentencia a favor de COLPENSIONES” (fls. 384 a 386)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no cumple con los requisitos establecidos por las sentencias de unificación de la Corte Constitucional para poderse trasladar en cualquier tiempo, por lo que se deben estudiar las pretensiones de la demanda. Indica que al fondo privado le incumbía demostrar que le brindó al demandante una asesoría completa, adecuada, de manera clara y suficiente, no sólo de las condiciones del nuevo fondo pensional, sino también de las implicaciones del cambio de régimen, teniendo en cuenta la situación particular del demandante, no siendo suficiente la suscripción del formulario de afiliación. Que no existe prueba de que el actor se le haya informado sobre las condiciones y características de cada uno de los regímenes pensionales, las modalidades de pensión en el RAIS, las condiciones para acceder en ese régimen a una pensión, la necesidad de efectuar aportes voluntarios, en caso de pretender una pensión anticipada o mejorar el monto pensional, ni que se le haya hecho un comparativo entre ambos regímenes.

Aduce que tampoco se probó que al actor se le haya informado sobre las consecuencias del cambio de régimen, lo cual no se probó con el interrogatorio



de parte que absolvió el accionante. Indicó que el reparo no es si un fondo es mejor que el otro sino el hecho de que al momento del traslado inicial el demandante no recibió la asesoría requerida.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección** recurrió señalando que, no es procedente la devolución de los gastos de administración, por ser descuentos legales que se efectúan en ambos regímenes, es decir, que si hubiera seguido en el RPMPD de igual forma se le hubieren hecho los descuentos de sus aportes. Que estos descuentos no financian la mesada pensional, ni son consignados en las cuentas de ahorro individual, por lo que no afectan el IBL de la mesada del actor. Que esos descuentos están sustentados en los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual del demandante. Indica que si la consecuencia de la ineficacia es entender que el actor siempre ha estado afiliado al RPMPD deberá ordenarse el traslado sólo de los aportes y no de los rendimientos generados en atención a las restituciones mutuas. Que Colpensiones estaría incurriendo con la condena impuesta por gastos de administración en un enriquecimiento sin causa. Finalmente, solicita se aplique la prescripción a los gastos de administración.

Por su parte la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** recurrió señalando que era obligación brindar la información al momento del traslado y que la información que se le brindó al actor se hizo de manera verbal. Indica que el deber de información ha tenido una evolución con el paso del tiempo y no estaba obligado al momento en que se trasladó el actor a documentar la asesoría brindada. Solicita se tenga en cuenta la sentencia de la CSJ SL 3752 con ponencia de la Magistrada Ana María Muñoz Segura en cuanto a los actos de relacionamiento. Dice que en ambos regímenes se hacen descuentos para gastos de administración. Aduce que la Superintendencia Financiera en concepto emitido en el año 2020 dijo de manera expresa que en los eventos en que se declare la ineficacia los únicos



dineros que se deben devolver son los aportes más los rendimientos y no las sumas descontadas a título de gastos de administración., pues de devolverse los gastos de administración se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa, pues no hay norma expresa que lo permita. Finalmente, dice que la devolución de los gastos de administración no son imprescriptibles como quiera que no financian la pensión de vejez.

Finalmente, la **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que el traslado de régimen se hizo con plena voluntad del afiliado, lo cual avaló al suscribir el formulario de afiliación y ratificó con su decisión de estaré afiliado en el RAIS por más de 15 años realizando cotizaciones y al realizar traslados horizontales. Indica que el afiliado también tenía obligaciones y que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera. Pide se aplique la sentencia de la CSJ SL 3752-2020 que habla sobre los actos de relacionamiento respecto de los traslados horizontales. Finalmente, indica que se le absuelva de la condena en costas porque no intervino en el acto jurídico del traslado de régimen.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Rubén Darío Molano Piñeres, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colmena hoy AFP Protección, en el año 1996 (fl.191), así como los traslados posteriores que realizara dentro de dicho régimen a la AFP Porvenir S.A. el 21 de octubre de 1999 (fl. 250), siendo ésta última entidad en la que se encuentra afiliada actualmente, conforme aparece en la certificación expedida el 01 de agosto de 2019 por la Gerente de PORVENIR S.A. (fl. 249)

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo



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

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

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



de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

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

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1996, por lo que es necesario



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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no recibió información o asesoría por parte de los promotores del traslado y que tampoco se le informaron las consecuencias del mismo. Lo cual coincide con el testimonio rendido por el señor Jorge Ernesto Gutiérrez Morales.

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

Siendo procedente señalar que contrario a lo manifestado por la recurrente COLPENSIONES los traslados horizontales que efectuara el actor dentro del RAIS, de ninguna manera se pueden tener como ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, ya que tal acto de afiliación desde su nacimiento se predica ineficaz, al no haber estado precedido de la información suficiente para el efecto.

En cuanto a las sentencias de la sala de casación laboral de la CSJ en su Sala de descongestión N° 4, SL 2440-2021, SL 1061-2021, SL 3752-2020 y SL 4934-2020 entre otras, en las cuales se habla de actos de



relacionamiento entre los que se refiere a los traslados horizontales dentro del RAIS, esta Sala de Decisión no acoge su criterio, como quiera que la sala de descongestión no puede hacer cambios en la jurisprudencia de la CSJ. Además porque dichas sentencias han venido siendo revocadas por la Corte Suprema de Justicia al ser objeto de acciones de tutela entre otras en la STP 15228-2021 en la que se señaló de manera clara que se amparaba el derecho fundamental del accionante como quiera que la Sala de Descongestión con su decisión estaba desconociendo el precedente jurisprudencial de la CSJ y ordenó a la Sala de Descongestión resolver nuevamente el recurso de casación, pues la postura que mantiene actualmente la CSJ es la sentada de manera reiterada entre otras en la sentencia SL3199-2021 en la que señaló que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

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

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

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicitan la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A. en su recurso y la AFP Porvenir en sus alegatos, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Porvenir y AFP Protección, no están



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

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

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

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

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

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



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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-00265-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: OSCAR ALBERTO DUARTE TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de abril de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



El señor OSCAR ALBERTO DUARTE TORRES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que estuvo mal asesorado e informado por parte de la AFP COLFONDOS en el año 1996. Como consecuencia, solicita se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación al RAIS realizada por el demandante; se ordene a la AFP COLFONDOS trasladar todos los aportes efectuados por el accionante junto con los rendimientos a COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES activar la afiliación del actor en el RPMPD y aceptar y recibir los aportes provenientes de la AFP PRIVADA. Adicionalmente, solicita se condene a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez del promotor del litigio conforme lo establecido en el artículo 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 7 a 9).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 24 de octubre de 1959, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 59 años de edad; estuvo afiliado al RPMPD a través del extinto CAJANAL; se trasladó de régimen pensional al RAIS en el año 1996 a la AFP COLFONDOS S.A.; que los asesores de COLFONDOS S.A. que lo visitaron le informaron que el RAIS tenía muchas ventajas, sin explicarle como estaba diseñado cada régimen pensional. Indica que la asesoría dada por la AFP COLFONDOS no contó con ningún tipo de ilustración en cuanto a la forma como se encontraba diseñado el RAIS y lo que si le dijeron, es que la cuantía de su pensión sería mejor en el RAIS y que podía pensionarse a la edad que quisiera, manifestándole sólo las ventajas del RAIS, omitiendo las incidencias pensionales negativas de su traslado. Afirma que en el año 2018 se le hizo una proyección del valor de su mesada en cada régimen siendo más favorable para el actor el RPMPD. Que en el año 1999 se trasladó a la AFP PORVENIR y que el 07 de noviembre de 2018 agotó la vía gubernativa ante COLPENSIONES. (fls. 5 a 7).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 16, 17, 23, 24 y 25 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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 la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la genérica. (fls. 147 a 153).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 5 y 23, negó el 19 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fls. 163 a 181).

Finalmente, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones y respecto de los hechos negó el 21 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 234 a 248)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“... FALLA:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de petición antes de tiempo en relación con la pensión de vejez pretendida por el demandante y **DECLARAR NO PROBADAS** las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de causal de nulidad y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del señor OSCAR ALBERTO DUARTE TORRES identificado con la C.C. 19.381.551 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS



administrado en su momento por COLFONDOS S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el demandante señor DUARTE TORRES, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones señaladas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., actual administradora del régimen pensional, trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante, entre estos las cotizaciones, sumas adicionales de aseguradora, bonos pensionales, traslado de dineros que hubiese efectuado COLFONDOS S.A., todo con sus frutos e intereses, sin autorizar a PORVENIR S.A., a efectuar descuento alguno, no (sic) siquiera a título de gastos de administración.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos a favor del demandante que efectúe PORVENIR S.A. y a convalidarlos en su historia laboral.

SEXTO: CONDENAR también a COLFONDOS S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES, los valores que hubiere descontado de la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que descontaron a título de gastos de administración, los cuales deben ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio.

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

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este distrito judicial a favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente una vez concluya la diligencia.” (fls. 535 a 537)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no cumple con los requisitos establecidos por las sentencias de unificación de la Corte Constitucional para poderse trasladar en cualquier tiempo, por lo que se deben estudiar las pretensiones de la demanda. Indica que a COLFONDOS S.A. le incumbía demostrar que le brindó al demandante una asesoría completa, adecuada, de manera clara y suficiente, no sólo de las condiciones del nuevo fondo pensional, sino también de las implicaciones del cambio de régimen, teniendo en cuenta la situación particular del demandante, pero ni siquiera aportó el formulario de afiliación, ni mucho menos probó haber brindado la información requerida. Que no existe prueba de que el actor se le haya informado sobre las condiciones y características de cada uno de los regímenes pensionales, las modalidades de pensión en el RAIS, las condiciones para acceder en ese régimen a una pensión, la necesidad de efectuar aportes voluntarios, en caso de pretender una pensión anticipada o mejorar el monto pensional, ni que se le haya hecho un comparativo entre ambos regímenes.



Aduce que tampoco se probó que al actor se le haya informado sobre las consecuencias del cambio de régimen, lo cual no se probó con el interrogatorio de parte que absolvió el accionante. En cuanto a la solicitud del actor de que se le reconozca una pensión señaló que se trataba de una petición antes de tiempo la cual no había lugar a estudiar.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, recurrió señalando que, si bien el actor solicitó la ineficacia de su traslado, actualmente no se encuentra afiliado a dicha entidad. Que el actor decidió trasladarse en agosto del 2012 momento en el cual fueron trasladados a COLFONDOS todos los aportes. En cuanto a la condena por devolución de gastos de administración dijo que era necesario precisar que dichos rubros ya no hacen parte de la cuenta de ahorro individual que el actor tenía con la AFP PORVENIR. Que el demandante ratificó su intención de pertenecer al RAIS con los traslados horizontales que realizó dentro de dicho régimen. Finalmente, aduce que para el momento en que el promotor del litigio se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR tan sólo era necesario la firma del formulario de afiliación. Que no se puede pasar por alto que los descuentos para gastos de administración son una facultad legal establecida en el artículo 13 y 20 de la Ley 100 de 1993. Que la buena gestión de la administradora se vio reflejada en los rendimientos. Que los gastos de administración y los seguros previsionales que hacen parte de los gastos de administración no deben ser restituidos.

Por su parte **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** recurrió señalando que no se puede desconocer que la afiliación del demandante en el año 1996 y posteriormente en el año 2012 se realizó conforme a los requisitos establecidos en la Ley, por lo que tienen plena eficacia y gozan de validez. Indica que los gastos de administración se descuentan por un mandato legal y se pueden ver como un reconocimiento al buen manejo que ha venido teniendo la AFP PRIVADA, lo cual se ve reflejado en los rendimientos. Que si



la ineficacia produce que las cosas deben volver al estado anterior, no se debe ordenar devolver los rendimientos. Que al devolver las sumas descontadas por gastos de administración se está generando un enriquecimiento sin causa.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** interpone recurso de apelación señalando que en este caso se dio cumplimiento al deber de información conforme lo establece la Ley 100 de 1993. Que no se puede decir que el actor no tenía conocimiento del funcionamiento y las condiciones dentro del RAIS cuando hizo varios traslados horizontales en dicho régimen. Indica que se debe dar aplicación a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 3752-2020 que habla de actos de relacionamiento.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Oscar Alberto Duarte Torres, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante vinculación que hizo con la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en el año 1996 y posteriormente, en el año 1999 a la AFP COLPATRIA hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y en el año 2000 nuevamente a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS fondo en el que se encuentra afiliado actualmente, conforme aparece en el historial de vinculaciones de ASOFONDOS. (fl. 362).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero



Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta



que al señor Oscar Alberto Duarte Torres, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial, ni siquiera del formulario de afiliación.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que en este caso COLFONDOS ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1996.



Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no recibió la información en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, ni se revisó su situación particular, pues fue una charla grupal con 200 personas en la únicamente les indicaron que podían trasladarse a un fondo privado cuya ventaja es que se podían pensionar anticipada y con mesada igual a la del RPMPD, sin hablarle de los rendimientos financieros, ni como se financiaría su pensión, ni la posibilidad de realizar aportes voluntarios.

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

Siendo procedente señalar que contrario a lo manifestado por la recurrente PORVENIR S.A., los traslados horizontales que efectuara el actor dentro del RAIS, de ninguna manera se pueden tener como ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, ya que tal acto de afiliación desde su nacimiento se predica ineficaz, al no haber estado precedido de la información suficiente para el efecto.

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



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

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

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

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

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



cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Colfondos S.A.

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

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

No obstante, lo anterior se deberá **modificar** el numeral cuarto y sexto de la sentencia apelada, pues como lo indica la AFP PORVENIR en su apelación, el demandante actualmente no se encuentra en dicho fondo sino en COLFONDOS S.A. por lo que la entidad que debe trasladar todos los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos es COLFONDOS S.A., correspondiendo a la AFP PORVENIR únicamente devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración en el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en dicha entidad.

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

Sin costas en esta instancia.



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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada en el sentido de **ORDENAR** a la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS S.A., actual administradora del régimen pensional del demandante, que traslade a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del promotor del litigio, entre estos las cotizaciones, sumas adicionales de aseguradora, bonos pensionales, traslado de dineros que hubiese efectuado PORVENIR S.A., todo con sus frutos e intereses, sin autorizar a COLFONDOS S.A., a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal sexto de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** también a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES, los valores que hubiere descontado de la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que descontaron en el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicha entidad a título de gastos de administración, los cuales deben ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



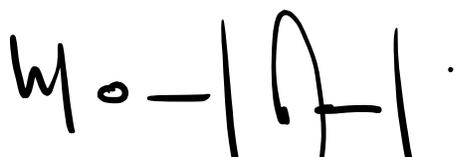
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2018-646-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS DÍAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Colpensiones y Protección S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de esta Ciudad el 1 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor JUAN DE DIOS DÍAZ actuando por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizara a Protección S.A., por ser violatorias de garantías constitucionales y al haber mediado falsedad por parte de la AFP en mención al no suministrarle información veraz, suficiente, oportuna, plena y clara que le hubiera permitido tener plena consciencia y conocimiento de las implicaciones reales del traslado; como consecuencia de tal declaración solicita se ordene el traslado de sus aportes a órdenes de Colpensiones, condenando a Protección al pago de perjuicios. Solicita se le reconozca pensión de vejez a cargo de Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 23 de marzo de 1956, que desde el mes de septiembre de 1974 empezó a cotizar al régimen pensional de la Fuerza aérea, entonces administrado por el ISS, fondo al que cotizó hasta el 30 de junio de 2002, estando al servicio de Isvi Ltda., que el 12 de junio de 2002, habiendo sido engañado y bajo presión de su empleador, diligenció un formato de solicitud de vinculación al fondo de pensiones Santander hoy Protección S.A., lo que le implicó el cambio de régimen pensional a partir del 1 de julio de 2002, data para la cual contaba con 46 años y había cotizado al RPM un total de 1131 semanas.

Afirma que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 38 años de edad y la funcionaria que promovió su afiliación al RAIS le indicó que el monto de su pensión en dicho régimen sería de aproximadamente 3 salarios mínimos en razón al salario devengado, que tendría muchos más beneficios en ese régimen que en el RPM y se pensionaría antes de la edad requerida en la Ley. Señala por último que no existió suficiente información respecto de los efectos del traslado, transgrediéndose el derecho a la libre elección de régimen pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 3, 6, 8, negó los No. 7, 10, 12 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

Por su parte PROTECCIÓN S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1 y 5, negó los No. 6 a 8 y 10 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del SGP.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación y traslado del demandante JUAN DE DIOS DÍAZ HERNÁNDEZ al RAIS, realizada el 12 de junio de 2002 a Protección S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a Protección S.A., a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a Colpensiones los valores que respondan en la CAI del demandante y que hubiere recibido producto de la afiliación de este; tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del CC, sin que haya lugar a que se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a recibir los aportes del accionante en el RPM, y proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tenerlo como afiliado como si nunca se hubiera traslado de régimen.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones al renacimiento y pago de pensión de vejez en favor del demandante regulada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 23 de marzo de 2018 junto con los aumentos legales a que haya lugar año tras año, la cual deberá calcular con base en el IBL de los últimos 10 años de cotización o el promedio de lo devengado durante toda la vida laboral, lo que le resulte más favorable, aplicando una tasa de reemplazo del 80% en 13 mesadas anuales.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN y demás medios exceptivos propuestos por Colpensiones. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la figura de la ineficacia de traslado de régimen pensional, había sido desarrollada de manera jurisprudencial, para lo cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había señalado que el acto de traslado debía estar precedido de una adecuada información, cuyo suministro correspondía probar a la AFP que promovió el mismo, que la declaratoria de ineficacia procedía para todos los afiliados con independencia de si eran o no beneficiarios del régimen de transición, ya que la pérdida de este no era el único motivo que impulsaba a solicitar dicha ineficacia.

Que la ley 100 de 1993, había previsto dos regímenes pensionales cuya elección era libre por parte del afiliado teniendo en cuenta los límites temporales allí indicados, que los efectos de la nulidad se encontraban previstos en el CC, que la elección del régimen pensional debía comprender el deber de información la que debía ser clara, completa, suficiente y comprensible, inclusive hasta llegar al buen consejo, dada la doble calidad de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

las AFP, por ello el deber de información a cargo de estas era más riguroso ya que prestaba un servicio público con intereses sociales para la protección de los riesgos de IVM y contaban con los mecanismos idóneos para establecer los pormenores del traslado en cada caso particular, ya que el afiliado se enfrentaba condiciones sociales económicas y culturales que lo ponían en un lugar de desventaja frente a las AFP, no siendo experto para determinar las consecuencias del traslado de régimen pensional.

Afirmó que la AFP debía brindar un acompañamiento al afiliado individualmente considerado con personas expertas en la materia y que permitiera al afiliado previa ilustración de las características de los regímenes, riesgos del traslado entre otros pormenores acerca de lo que le conviene al afiliado y lo que puede perjudicarlo, deber que estaba en cabeza de las AFP desde su creación para que los afiliados pudieran tomar una decisión libre e informada respecto a su traslado y no bastaba con la suscripción del formulario de afiliación que a lo sumo acreditaba un siempre consentimiento y no uno libre e informado, debiéndose verificar las normas vigentes para el año 2002, data para la cual se había trasladado el actor de régimen pensional.

Precisó que la afirmación del afiliado de no haber recibido la información tendiente a su traslado, correspondía a un supuesto negativo indefinido que debía ser probado por la AFP con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró dicha información y para el caso del actor el fondo privado ningún elemento probatorio había allegado respecto a la información suministrada al señor Juan en el acto de traslado, ya que sólo allegó documentales contentivas de formulario de afiliación, respuestas a derechos de petición y nada que permita estudiar qué información se le suministró al actor en dicho momento, concluyéndose que su afiliación no había sido libre y voluntaria al no mediar la información en los términos señalados y del interrogatorio de parte vertido por el demandante también se establecía que no se le habían informado los pormenores de si la decisión de traslado le convenía y ante esta omisión de la carga probatoria de la AFP, se tornaba ineficaz el acto de traslado del señor Juan Díaz.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Que contrario a lo afirmados por las demandadas, en cuanto a que a la fecha de afiliación no debían dejar constancia de la asesoría brindada, la jurisprudencia había reiterado que desde su creación las AFP tenían a su cargo dicho deber frente a los usuarios del sistema pensional y con el transcurso del tiempo este deber se había transformado pasando al del buen consejo, sin perderse de vista que siempre ha existido tal deber. Afirmó que la acción de ineficacia no estaba sujeta al término prescriptivo ya que los aportes efectuados en los regímenes pensionales estaban destinados a la construcción de derechos pensionales que bien se sabía, eran imprescriptibles.

En cuanto a la prestación encaminada al reconocimiento pensional y dados los efectos de la ineficacia se debía estudiar este en el RPM al que se determinó pertenecía el actor y conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para lo cual el señor Juan acreditaba el cumplimiento de los requisitos allí previsto, ya que contaba con 62 años que había alcanzado en el año 2018 y para dicha data había superado la densidad de 1300 semanas de cotización, acreditando haber cotizado en toda su vida laboral más de 1800 semanas, por lo que había lugar a reconocer la prestación reclamada a partir del 23 de marzo de 2018, y debía ser liquidada conforme las previsiones del artículo 21 de la disposición legal en comento, con una tasa de reemplazo del 80% y en 13 mesadas, derecho que no había sido afectado por el fenómeno de prescripción ya que la acción judicial había sido radicada en el año de 2018, anualidad en la que el actor había alcanzado los requisitos de densidad de semanas y tiempo de servicios.

En cuanto a la pretensión de indemnización de perjuicios, señaló que no se había probado que se hubiera irrogado los perjuicios alegados y por ende, se absolvería de tal pretensión.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección**, indicó en su recurso que las cuotas de administración son descuentos legales exigibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, de tal manera, si el demandante hubiese permanecido afiliado en el RPM, también se hubieran efectuado dichos descuentos y ellos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

no financiaban la mesada pensional ya que se depositan en cuentas diferentes que tienen una destinación específica, por lo que no afectan la mesada pensional ni los aportes realizados por el actor y si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es entender que el demandante siempre ha permanecido en el RPM, el sentido del fallo debería orientarse en ordenar a trasladar sólo el valor correspondiente a los aportes más los rendimientos que se hubiesen generado en el RAIS en atención a las restituciones mutuas ya que con dicha condena se estaba incurriendo en un enriquecimiento sin causa porque en el RPM se están recibiendo los rendimientos y los dineros productos de la administración que realizó esa AFP que es la contraprestación por una acción que la entidad del RPM no llevó a cabo, aunado a que los aportes del actor no sufrieron deterioro alguno, por el contrario generaron rendimientos superiores a 161%.

Solicitó finalmente se declarara la prescripción respecto de los gastos de administración toda vez que no contribuían a financiar la mesada pensional y adicionalmente había transcurrido el tiempo suficiente para que se configure dicho fenómeno.

La demandada **Colpensiones** indicó en su recurso que en virtud de las pruebas allegadas al proceso se evidenciaba que el accionante se encontraba válidamente afiliado a la AFP Protección y conforme el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 del 2003 y si bien la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado, quién para tal efecto debía manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación, pudiendo el afiliado escoger el régimen de pensiones que prefieran, normatividad que igual indica que el afiliado no podrá trasladarse al régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, estando el demandante inmerso en dicha prohibición y no es de recibo que pretenda al RPM.

Señaló que el traslado del actor se hizo conforme al artículo 13 de la ley 100 del 93 en uso de su derecho a la libre escogencia y el principio de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

autonomía el cual establece que la autonomía permite a los particulares celebrar contratos o no celebrarlos y la voluntad de determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y los derechos correlativos con el límite del orden público entendido de manera general como la seguridad la salubridad y la moralidad pública, de las buenas costumbres, crear relaciones obligatorias entre sí las cuales en principio sí producen efectos jurídicos, que el traslado del actor al RAIS se había realizado con la voluntad del cotizante quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar el mismo como lo manifestó en su declaración de parte y gozaba de plena autonomía a la hora de suscribir dicha afiliación no habiendo lugar a declarar una ineficacia sólo por el hecho de alegar su inconformidad con los lineamientos propios del RAIS.

Indicó que de aceptarse el traslado del actor al RPM, le representaría a esa entidad un detrimento o descapitalización financiera ya que conforme lo señalado en la sentencia C 1024 del 2004 el RPM se sostiene sobre todas las cotizaciones de los afiliados para que cuando reúnan los requisitos puedan obtener una pensión y recibir a una persona que está próxima a la edad de pensionarse como es el caso del actor, se beneficie y resulte subsidiado por las cotizaciones de los demás, lo que afecta el principio de eficiencia pensional y también el de equidad el cual consiste en obtener la mejor utilización de los recursos administrativos y financieros que estén disponibles para asegurar un reconocimiento y pago en forma adecuada de los beneficios que da el sistema de Seguridad Social y en cuanto a la carga de la prueba, no se demostró que el demandante hubiera sido víctima de engaño o que lo hayan coaccionado ya que él manifestó que firmó el formulario de manera consciente y voluntaria, habiendo una errónea interpretación del artículo 1604 del CC y para la época de afiliación no era obligatorio brindar una asesoría como tal sino que simplemente se firmaba el formulario.

Señaló que dentro de los deberes del afiliado que establecía el decreto 2241 en 2010 que es informarse adecuadamente las condiciones del sistema general de pensiones y tampoco lo hizo, habiendo mecanismos de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

divulgación de información y capacitación para conocer el funcionamiento de todo el sistema general de pensiones, por lo que no había lugar a endilgarle responsabilidad a esa entidad por el hecho de un tercero en aquella época y el traslado había tenido lugar en el año 2002 y desde dicha data el actor no se había acercado a preguntar sobre su futuro pensional, no siendo el desconocimiento de la ley una excusa, habiendo tantos canales de información que proporcionan las AFP para informarse, aunado a que el actor no era un afiliado lego, contrario a ello, era una persona con formación que tiene capacidad de discernimiento y que le correspondía como afiliado al sistema general de pensiones informarse respecto de las condiciones de su traslado.

Ahora en cuanto al reconocimiento pensional no era procedente por cuanto el actor se encontraba válidamente afiliado al RAIS, siendo la AFP de ese régimen la que debe hacer el estudio del reconocimiento pensional y de no accederse a los argumentos de su recurso, solicitó se sujetara el cumplimiento del fallo por parte de esa administrado a la normalización por parte de Protección de la afiliación del actor y en el sistema SIAFP y efectuar el traslado con rendimientos y gastos de administración debidamente indexados.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor JUAN DE DIOS DÍAZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la entonces administradora Santander hoy Protección, el 12 de junio de 2002, como se verifica de copia del mismo, aportado en expediente digital.

En este orden la figura de la **ineficacia**, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones ninguna de ellas da cuenta respecto de que al señor Juan de Dios, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** al RAIS en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., fondo al que se trasladó el demandante para la data en mención, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, lo que lleva a determinar que contrario a lo señalado por la demandada en mención, el traslado del demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que este no conocía las implicaciones del mismo.

Ahora y si bien como lo indica la recurrente Colpensiones, era deber del afiliado informarse respecto de su situación pensional, lo cierto es que tal deber de información como se señaló en precedencia recaía de manera primigenia en la administradora pensional que promovió su traslado al RAIS, como lo ha reiterado tantas veces el desarrollo jurisprudencial al respecto, dado su experticia para conocer y determinar las implicaciones de un traslado de régimen pensional y si bien se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 100 de 1993, lo cierto es que nada impide al actor adelantar esta acción judicial tendiente a la declaratoria de la ineficacia de su traslado por la inobservancia del deber de información.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Protección S.A., probar el suministro de dicha información al señor Juan, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió.

De igual forma, su suministro no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, como indica la entidad en mención, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de la demandada Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado de manera indexada como lo plantea Colpensiones, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Por lo anterior, se **adicionará** el numeral SEGUNDO de sentencia de primer grado para en su lugar indicar que el traslado de los emolumentos allí descritos se debe efectuar de manera **indexada**, siendo pertinente indicar a la demandada Protección S.A., que los gastos de administración no se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información al respecto.

PENSIÓN DE VEJEZ

Resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional, procede referirse en apelación y consulta a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento pensional de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor del aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Protección S.A., los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración, como lo indicara la decisión de instancia, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se revocará el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

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

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de sentencia de primer grado para en su lugar indicar que el traslado de los emolumentos allí descritos se debe efectuar de manera **indexada**, conforme la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de sentencia consultada, para en su lugar ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, del reconocimiento pensional allí ordenado.

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

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800064601 Dte: JUAN DE DIOS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2019-00130-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ADRIANA MARÍA NAVARRO ESCOBAR
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de mayo de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora ADRIANA MARÍA NAVARRO ESCOBAR por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuado el 01 de julio de 1995, ante la omisión del fondo de pensiones de su deber de informar de manera clara, completa, veraz, oportuna y suficiente respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen y sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PROTECCIÓN que restituya a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora como cotizaciones y bonos pensionales, junto con los rendimientos. Igualmente, que se condene a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la promotora del litigio y a recibir los valores obtenidos mientras estuvo afiliada al RAIS, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicita se declare la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS. (fls. 5 a 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales -ISS hoy Colpensiones desde el 29 de noviembre de 1990 a junio de 1995; se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. con fecha de efectividad 01 de julio de 1995; al momento del traslado la demandante no fue asesorada o informada por ese fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre ambos regímenes, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes del nuevo régimen al cual se estaba trasladando. Indica que el 12 de febrero elevó petición ante COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable. Finalmente, afirma que actualmente se encuentra vinculada y cotizando al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. (fls. 4 a 5).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 1° y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades de la demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la genérica. (fl. 82 a 95).

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, respecto de los hechos aceptó el 2 y 16, dijo no constarle el 01, 14 y 15 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, el traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y la genérica. (fls. 101 a 110).

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y manifestó no constarle los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación. (fls. 175 a 184).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora ADRIANA MARÍA NAVARRO ESCOBAR, identificada con c.c. 42.890.819 a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. el 27 de



junio de 1995 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora **ADRIANA MARIA NAVARRO ESCOBAR**, identificada con c.c. 42.890.819 nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **ADRIANA MARIA NAVARRO ESCOBAR**, identificada con c.c. 42.890.819 como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** lo que haya deducido a la demandante por concepto de gastos de administración, conforme a lo motivado.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la señora **ADRIANA MARÍA NAVARRO ESCOBAR**, identificada con c.c. 42.890.819, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de **PROTECCIÓN Y PORVENIR**.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.

OCTAVO: En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA.” (fls. 214 a 215)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia es deber de los fondos de pensión brindar toda la información desde la antesala del acto jurídico de traslado, el cual debe estar precedido de la información al afiliado por lo menos de los riesgos. Aduce además, que la carga probatoria en estos procesos recae en las AFP. Indica que no es necesario para que proceda la ineficacia que el actor tenga un derecho consolidado, y que la



información que se le debe brindar al afiliado debe ser clara, comprensible y oportuna. Afirma que no existe prueba que permita inferir si al momento del traslado la demandante recibió la información requerida en los términos expuestos por la Corte, pese a ser carga probatoria del fondo privado. Aclarando que no es suficiente con la firma del formulario de afiliación y que la Corte explicó que el deber de información existe desde la creación de los fondos de pensiones y por lo menos debe informarse al afiliado las características, condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada régimen. Aduce que el derecho a la seguridad social es imprescriptible por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción. Y, que tal y como lo ha indicado la Corte, no solo se debe realizar la devolución del capital de la cuenta de ahorro individual y rendimientos, sino también de las sumas descontadas a título de gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que, si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, el cual fue citado por el *A quo*, no se debe aplicar dicho precedente de manera objetiva, pues, se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto. Indica que en el presente caso, no es posible devolver los gastos de administración, pues en el RPMPD también se destina el 3% de las cotizaciones a cubrir los gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivencia, además, porque los gastos de administración no forman parte integral de la pensión y por ello sí se ven afectados por la prescripción. Adicionalmente, aduce que la Superintendencia Financiera emitió concepto disponiendo que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado sólo se deben trasladar los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos y no los gastos de administración. Que tampoco procede la devolución de los seguros previsionales, pues la entidad aseguradora cumplió con la póliza y cubrió el riesgo, no existiendo norma que ordene tal devolución. Afirma que la demandante actuó de manera negligente al no buscar información y que la única prueba que existe es el interrogatorio de parte y que en éste la demandante puede dar una información parcial buscando su beneficio.



Por su parte **Colpensiones** recurrió señalando que del debate probatorio no se logra establecer que hayan existido vicios del consentimiento en el momento de suscribir los traslados, siendo necesario tener en cuenta que la demandante por su edad se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen, no siendo tampoco posible aplicar en el presente caso las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, pues la afiliada no cuenta con las semanas requeridas. Dice además, que a la promotora del litigio no se le está vulnerando ningún derecho y que era su deber acercarse a solicitar información en los fondos y no lo hizo, encontrándose por el contrario probado que los fondos cumplieron con su deber de brindar información. Finalmente, solicita se confirme la decisión de ordenar a los fondos privados la devolución de los gastos de administración.

Finalmente, la **A.F.P. Protección** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que los gastos de administración son un gasto autorizado por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, norma modificada por el artículo 7° de la Ley 797 del 2003. Normas que de manera expresa facultan a las administradoras de fondos de pensiones para realizar los descuentos del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados a pensiones. Indica que el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguro previsional, y es un descuento que opera en ambos regímenes, tanto en el RPMPD como en el RAIS. Señala que se logró probar que el capital de la demandante obtuvo rendimientos financieros, lo que permite inferir que los aportes fueron debidamente administrados, por lo que al ordenarse la devolución de los gastos de administración se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones porque esta recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante. Afirma que, como restitución mutua al trasladarse los rendimientos, la AFP se debe quedar con las sumas que descontó por gastos de administración, tal y como lo indica la Superintendencia Financiera.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Adriana María Navarro Escobar, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Protección S.A., en el año 1995 (fl.115), así como los traslados posteriores que realizara dentro de dicho régimen a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 28 de octubre de 1996 (fl. 202) y nuevamente a la AFP Protección S.A. el 13 de marzo de 2000 (fls. 116 y 27), siendo ésta última entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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

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



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Adriana María Navarro Escobar, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual y contrario a lo manifestado por Colpensiones, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

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

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de



afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

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



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

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

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

Siendo necesario precisar, que contrario a lo manifestado por COLPENSIONES en su recurso y por la AFP PORVENIR en sus alegatos, no resulta procedente exigirle a la demandante probar algún vicio en el consentimiento, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad sino de la ineficacia y así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia



radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

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

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen



pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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

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



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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 03-2020-097-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de mayo de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizara el 22 de junio de 1994 del ISS a Protección S.A., por la indebida y nula información que le suministró dicha AFP para promover su traslado al RAIS; como consecuencia de tal declaración solicita se ordene a Colpensiones y Protección a realizar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

todas las gestiones administrativas para anular el traslado de régimen mencionado, ordenándole a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su CAI, a Colpensiones a recibir los mismos y a tenerla como afiliada sin solución de continuidad, corrigiendo y actualizando su historia laboral una vez sean trasladados sus aportes por parte de Protección. (fl. 4 y 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 22 de diciembre de 1962, que inició a cotizar en el RPM a través del ISS en el año de 1987, régimen en el que acumuló 166 semanas cotizadas, que el 22 de junio de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación que efectuara a Protección S.A., decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de esa AFP, evidenciándose el engaño en que incurrió esa entidad por falta al deber de información, que desde su afiliación al RAIS, ha cotizado 1159 semanas, habiendo cotizado al régimen general de pensiones un total de 1325 semanas.

Afirma que era obligación de Protección S.A., informarle sobre el año de gracia para retornar al RPM previsto en el Decreto 3800 del 2003, como también sobre la prohibición legal de volver al régimen en mención prevista en la Ley 797 de 2003, AFP que únicamente le informó que su mesada pensional para el año 2020, sería de \$877.803, cuando de su historia laboral se puede determinar que el IBL con el que cotizó para el 2020, asciende a \$3.968.542, al que aplicada una tasa de reemplazo de 63.23%, tendría como mesada pensional la suma de \$2.509.309; razón por la que solicitó mediante petición a Protección S.A., el 21 de febrero de 2020 la nulidad de su traslado a ese fondo, de igual forma lo hizo ante Colpensiones. (fls. 5 y 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 12, negó los No. 2, 4 y 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

excepciones de mérito la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (fl. 70).

Por su parte, Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 5, 6, 9 y 10, negó los No. 4, 7 y 8 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, 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. (fl. 70).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante del RPM al RAIS, administrado entonces por Davivir S.A., luego ING PENSIONES y CESANTÍAS SANTADER hoy PROTECCIÓN S.A., realizado el 22 de junio de 1994, así como el traslado horizontal realizado con posterioridad con Protección S.A., el 13 de agosto de 1998, para entender vinculada a la demandante en forma válida al RPM administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales, con todos los rendimientos financieros e intereses sin descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros que efectúe Protección S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese trasladado del RPM, así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante. (..) (fl. 73).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que lo pretendido era la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

como consecuencia de no haberse suministrado a la demandante al momento de traslado una información completa veraz y oportuna sobre las características de ambos regímenes y sobre las ventajas y desventajas que el traslado en acarrearía; detalló los medios de prueba documentales allegadas al plenario, entre ellos el reporte de semanas cotizadas, que daba cuenta que el RPM la actora había cotizado 87.57, que analizado el interrogatorio de parte de la demandante, en este no se había configurado confesión alguna. Indicó respecto de la ineficacia de traslado que contrario a lo señalado por la demandada Protección S.A., a la fecha en que promovió el traslado de la demandante sí se había expedido norma que regulaba el deber de información de esas entidades, entre otras, el Decreto 720 de 1994, que textualmente indica la obligación de los promotores, señalando que debían suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y frente a las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado, correspondiéndole a la AFP en mención, entonces Davivir brindarle toda esa información completa, veraz oportuna objetiva comparada y transparente acerca de las características de los regímenes pensionales independientemente que la demandante se fuera a vincular a laborar con ese grupo financiero, lo que no la eximía de dicha obligación de brindar esa información en la forma en que lo establece la norma y la jurisprudencia, carga de la prueba que ese tema surge directamente de la norma.

Señaló en cuanto a la carga de la prueba que la doctrina del precedente vertical de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había reafirmado que era de las AFP, no siendo de recibo que el juez desconozca la misma y de ser así, debía asumir una carga argumentativa, respecto de la cual, no encontraba una razón para apartarse de dicho criterio ya que tal carga probatoria surgía del artículo 167 del CGP, que posteriormente había sido acompañada por la doctrina del precedente vertical, que analizó no sólo lo referente a la carga de la prueba sino también lo concerniente a la firma del formulario, los traslados horizontales en el RAIS, criterio que se había cimentado a partir de la sentencia 31.989 de 2008 y venía siendo reiterado en un sinnúmero de sentencias que reiteraban la carga de la prueba respecto del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

deber de información a cargo de las AFP, que la firma del formulario de afiliación, no era suficiente para tener por cumplido dicho deber, ya que la información brindada debía corresponder a la realidad en los términos del artículo 1604 del Código Civil, correspondiéndole a la administradora de fondos de pensiones allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, deber que existía desde la creación de las AFP, indicando que sólo con el suministro de la información era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores opciones del mercado.

Afirmó que revisado el formulario suscrito por la demandante el 22 de junio del año 1994 no contenía ningún dato con el que pudiera concluirse que la AFP Davivir le hubiera brindado una información completa, veraz, oportuna transparente y objetiva comparada sobre las características de los 2 regímenes pensionales, que no se había probado que el asesor que promovió el traslado de la demandante hubiera contado con un curso de capacitación en cuanto a los regímenes pensionales, reiterando que la simple suscripción del formulario no era suficiente para dar cumplimiento al deber de información, ya que el afiliado debía contar con los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada con independencia de si es o no beneficiario del régimen de transición.

Indicó que el hecho de que la demandante posteriormente se hubiera trasladado en el año 1998 a Protección no convalidaba la ineficacia que había tenido lugar con el traslado primigenio al RAIS, aspecto que igualmente había sido dilucidado por la línea jurisprudencial en comento y lo propio ocurría con las reasorías brindadas por la AFP con el paso del tiempo, ya que el cumplimiento del deber de información se reputaba oportuno únicamente en el momento del traslado.

Concluyó que la demandada Protección, antes Davivir, no había demostrado durante el debate probatorio que a la demandante en el momento de ser trasladada de un régimen a otro, esto es, en 1994 se le hubiera brindado esa información completa veraz oportuna objetiva comparada transparente acerca de los 2 regímenes pensionales y de las ventajas y desventajas ese traslado le



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

acarrearía, debiéndose declarar ineficaz el traslado realizado el 21/06/1994 del RPM al RAIS, así como el posterior traslado a Protección del 13/08/1998, habiendo lugar a condenar a dicha AFP a trasladar aportaciones todos los valores que recibió con motivo de afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias en el evento de haberse realizado, con todos los rendimientos financieros que se produjeron durante la afiliación de la demandante sin efectuar descuento alguno específicamente respecto de los gastos de administración y de las primas de seguro, tesis que igualmente había sido reiterada por la línea jurisprudencial en cita, ordenando a Colpensiones recibir los dineros objeto de traslado, proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese trasladado del RPM y a actualizar su historial laboral, señalando que no prosperaba la excepción de sostenibilidad financiera del en razón a que la que allí utiliza la decisión de la Corte Constitucional cuyo contenido no se adecúa al asunto bajo estudio, ya que en la decisión que se sustenta dicha excepción se estudian casos de beneficiarios del régimen de transición que pretenden su retorno al RPM.

Señaló en cuanto a la excepción de prescripción que tampoco salía adelante ante la finalidad de la declaratoria en la ineficacia de traslado que no era otra que el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez, lo que hacía esta acción imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección** recurrió señalando que no era dable trasladar al RPM las cuotas de administración y las primas de reaseguro pues la Comisión de Administración es un descuento autorizado por la ley 100 del 93 modificado por el artículo 7 de la ley 797 del 2003 normas que expresamente autorizan a los fondos de pensiones a realizar el descuento del 3% sobre el 16 de los aportes realizados por los afiliados a pensiones, descuento que se utiliza para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de reaseguro, opera en ambos regímenes, en el RPM como en el RAIS, aunado a ello se había allegado prueba del certificado rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante que daba cuenta de que se obtuvieron ganancias



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

significativas frente a lo ahorrado, concluyéndose que tales cotizaciones fueron debidamente administradas por esa AFP y ordenar tal devolución constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones porque está recibiendo una Comisión de Administración que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante y se le girarían recursos fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección.

Indicó que el artículo 1746 del Código Civil dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de la nulidad, esto es, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, lo que para el caso bajo estudio produciría consecuencias tales como que el contrato afiliación nunca existió, que Protección no administró los recursos de la cuenta de la demandante y que dichos recursos no generaron rendimientos y por ende no debió haber existido el cobro de una comisión por tal concepto; sin embargo conforme dicha disposición debe entenderse que si el traslado nunca existió no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras producto de la buena gestión de administración de Protección y en tal sentido se había expresado la sentencia 31989 de 2008, de igual forma, el Decreto 2555 del 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por los fondos de pensiones, es vigilado por la Superintendencia financiera, entidad que en concepto rendido el 17/01/2020 indicó que cuando se declara judicialmente una nulidad unificación de la afiliación se debía dar aplicación al Decreto 3995 al 2008 que establece que cuando sea declare la nulidad de un traslado al RAIS, debían trasladarse únicamente los aportes depositados en la CAI, junto con rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de pensión mínima; respetando la designación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración de los fondos de pensiones, refiriéndose esa Superintendencia a que tampoco es viable el traslado de lo descontando para cubrir primas del seguro previsional en atención a que este porcentaje se sufraga para a pagarle a una compañía aseguradora y para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, descuento que también se realiza por mandato legal y no por capricho de las administradoras y en ese sentido no deben asumir con su propio patrimonio cuando están cumpliendo su



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

gestión y cuando los afiliados se vieron cubiertos de estas contingencias en todo momento porque la ley así lo ordenó.

Indicó por último que respecto del porcentaje del 3% destinado a Comisión de Administración si opera al fenómeno de la prescripción porque es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que le impone y también era un porcentaje que no estaba destinado a financiar directamente la prestación económica de los afiliados y por último, porque lo que se ha declarado como imprescriptible en este tipo de procesos es la acción tendiente a buscar la declaratoria de ineficacia de traslado, por lo que los créditos y obligaciones que ella se deriven sí gozan del fenómeno de la prescripción.

Colpensiones, indicó que conforme los elementos materiales probatorios arrojados al despacho no se podía aplicar los criterios al respecto emanados por la Corte Suprema de Justicia, ya que no se estaba en frente a una persona a la cual se le hubiera viciado su voluntad o hubiera sido inducida en algún tipo de daño o artilugio; contrario sensu, la demandante había sido una persona displicente frente a su situación pensional, por lo que no era de recibo bajo los preceptos de un estado social de derecho un precepto estado social de derecho, premiar a una persona que poco o nada hizo en el mundo jurídico para salvaguardar sus derechos pensionales, pues el derecho no debe ser considerado para salvar la ineptitud de las personas, este estaba diseñado para materializar la realidad frente a las normas jurídicas y frente a ese punto, se debe tener en consideración para la toma de la decisión, ya que no se podía tomar como aparte una demanda y un testimonio y no se puede tomar como aparte de una prueba.

Lo anterior, ya que si bien se hizo un estudio académico para cimentar el fallo, se observan en el mismo diferentes falencias de las diferentes características sobre las cuales han sido vertidas, ya que en una demanda se hacía manifestación sobre las categorías propias de los asesores de las AFP para el momento de su traslado y hoy día la demandante a lo que hace referencia es a que si esa asesoría hubiese sido mala o buena, poco o nada le interesaba, pues en ello fue enfática y siempre hubo contradicciones, no siendo posible



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

beneficiarse de su propia ineptitud, no siendo de recibo que señalara que por miedo no se le pueda aplicar la normatividad vigente, circunstancia que reviste en injusta.

Indicó que el despacho también había incurrido en un yerro flagrante frente a las consideraciones del material probatorio por cuanto Colpensiones había allegado certificado de afiliación de demandante en la cual se vislumbra que tenía una multivinculación, concluyéndose que era válida su afiliación al RAIS y sobre este acto no se hizo ninguna enunciación, ya que se enunció sobre las categorías del traslado pero qué pasa con la multivinculación, acto que entonces también debió haberse declarado nulo, porque una vez notificado, ya cumplió los plenos efectos jurídicos, que respecto de dicha multivinculación se omitió pronunciamiento, el cual resultaba ineludible para declarar la nulidad.

Señaló en cuanto al argumento del juez para señalar que no se afectaba el principio de la sostenibilidad financiera que no se trataba de estudiar si la Corte dijo o no dijo, sino que constituía un criterio constitucional legal y de imperativo cumplimiento a todos los aquí vinculados ya sea administradores, ya sean jueces, ya sean afiliados; pues el principio de sostenibilidad financiera se aplica a todo y no podía argüir que como la Corte Suprema de Justicia no lo dice pues no se toca; ya que ese principio se debía mantener para todos los casos, pues para el bajo estudio, las cotizaciones de la señora Magdalena no van a traer un provecho a la sociedad o generaría una favorabilidad al RPM, ya que el argumento de pensionarse con un mínimo no es preocupación del sistema, sino de la demandante, ya que el RPM, no estaba diseñado para favorecer a unos afiliados particularmente considerados, sino para favorecer a toda la sociedad, existiendo un grave agrario ya que a señora demandante nació en el año 62 y no se había hecho un estudio respecto de la tasa de sobrevivencia para determinar si las cotizaciones efectuadas por la demandante alcanzaban para esa época.

Señaló por último que se esperaba por parte de los demandantes y del despacho que Colpensiones cometiera un prevaricato, ya que la orden era



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

clara en la Ley en cuanto a señalar que a menos de 10 años de adquirir derecho pensional, el afiliado no se podía trasladar, es una prohibición legal, pero independientemente de que la actora tenga 58, debe permitir el traslado de la actora, orden de traslado que conlleva a Colpensiones a prevaricar. En cuanto a la carga probatoria ese era un criterio jurisprudencial y no existía criterio normativizado que señalara que todas las personas que hayan displicentes frente sus actividades pensionales, se les pueda beneficiar; lo que no obedece a un principio de un estado social de derecho.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene lo pretendido por la señora MAGDALENA SILVA se circunscribe a la ineficacia de la afiliación que realizara con Davivir S.A., hoy Protección S.A. a través de formulario suscrito con esa AFP el 22 de junio 1994, como se verifica de copia del mismo, allegada por esa AFP a folio CD 70 del plenario.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones en su recurso, la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a la afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Magdalena Silva, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la entonces Davivir hoy Protección S.A., administradora a la que se afilió la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, no pudiéndose afirmar como lo indica la recurrente Colpensiones en recurso que el traslado de la señora Magdalena, haya sido libre y voluntario, pues se itera, dicho acto no puede tener tal connotación cuando la actora no conocía las incidencias reales del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

Ahora bien en cuanto al argumento respecto el conflicto de multivinculación a que alude Colpensiones en su recurso, se tiene que revisada la contestación que aporta dicha entidad visible a folio CD 70 del plenario, no obra ninguna documental que de cuenta de que se haya resultado conflicto de tal naturaleza para el caso de la demandante, razón por la cual, no es posible ahondar en tal asunto, pues se itera, revisado la totalidad del plenario nada obra al respecto.

Tampoco sale avante el argumento de Protección esbozado en su recurso respecto del traslado de los gastos de administración y demás emolumentos ordenados en sentencia, los que dicho sea de paso, **no se ven afectados**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

por el fenómeno prescriptivo aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso y alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, los que una vez trasladados entrarán a formar parte del fondo común propio de ese régimen, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Así las cosas y contrario a lo indicado por Colpensiones en su recurso al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

momento del traslado al RAIS en el año 1994, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200009701 Dte: MAGDALENA SILVA MARTÍNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2019-00636-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JAIRO ENRIQUE LALINDE MURILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante y Colpensiones y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 02 de febrero de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JAIRO ENRIQUE LALINDE MURILLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS ante la omisión de la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. del deber profesional de información. Como consecuencia, se ordene el traslado del actor a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES; se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones y bonos pensionales junto con los rendimientos y las sumas descontadas por gastos de administración; se ordene a la AFP PROTECCION S.A. que en caso de haber reconocido una pensión al demandante la siga pagando hasta que COLPENSIONES lo incluya en nómina de pensionados, además, de lo que resulta probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 03 de agosto de 1979; se trasladó al RAIS el 27 de marzo de 1995 a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. sin recibir una información completa, veraz, adecuada y suficiente respecto de las prestaciones económicas, beneficios, desventajas y consecuencias de su traslado. Indica que no se le entregaron proyecciones, ni información sobre los requisitos para poder acceder a una pensión dentro del RAIS, ni la posibilidad que tenía de retractarse de su decisión; solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable, y señala que al realizar el estudio de su pensión, la mesada en ambos regímenes difiere en el monto, siendo más favorable el RPMPD. (fls. 1 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 16, 17, 23, 24 y 25 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó error sobre un punto de derecho no vicia



el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fls. 245 a 255).

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., respecto de los hechos aceptó el 2, 3, 15, 19, 20, 25 y 26, dijo no constarle el 17, 18, 21, 22, 23 y 24 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (fls. 283 a 298).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de traslado (sic) que efectuó la (sic) demandante JAIRO ENRIQUE LALINDE MURILLO del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 27 de marzo de 1995, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a admitir el traslado de régimen pensional de la señora **AMPARO NIÑO LADINO** (sic) y a **ACEPTAR** los valores que remita la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE**



FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos anteriormente expuestos en el numeral segundo de la decisión.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: (sic) **CONDENAR** a la demandada PROTECCION en costas a favor del demandante, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV.

SEPTIMO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, de conformidad con los expuestos en la parte motiva de la decisión.” (fls. 359 a 360)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el formulario no es suficiente para entender que se brindó la información requerida al afiliado, pues se debe garantizar el derecho de información para convalidar ese acto jurídico. Que la carga probatoria está en cabeza de la AFP, pues las AFP tienen la obligación de brindar la información a sus afiliados desde la Ley 100 de 1993. Señala que todos los afiliados tienen el derecho de obtener información clara y suficiente para tomar una decisión, pues la información que se debe brindar es un requisito necesario para la validez de la afiliación. Que el fondo privado no probó haber brindado la información requerida al momento del traslado, por lo que es procedente declarar la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante**, recurrió señalando que, se debe adicionar la sentencia ordenando se devuelvan las sumas descontadas por gastos de administración conforme lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, pues la devolución incluye no sólo los rendimientos, sino también las sumas descontadas por gastos de administración.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** recurrió señalando que se deben revocar las condenas



impuestas, pues al ordenar la ineficacia del traslado del actor se está afectando el principio de sostenibilidad financiera. Que se debe tener en cuenta que el actor se encuentra dentro de la prohibición de trasladarse por la edad. Indica que si bien la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber de buen consejo y cuidado por parte de las administradoras también lo es que los administrados tienen obligaciones y el actor debió solicitar se le brindará la información que ahora extraña, la cual además se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma que es de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento. Solicita se revise el material probatorio, porque en el análisis realizado por el fallador de primera instancia no se tuvo en cuenta las incongruencias plasmadas desde la presentación de la demanda. Indica que debe tenerse en cuenta que el único descontento del actor es respecto del monto de la mesada pensional. Finalmente, solicita se adicione la sentencia ordenando la devolución de los gastos de administración y comisiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Jairo Enrique Lalinde Murillo, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLMENA hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., en el año 1995. (fl. 306 reverso).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la



determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Jairo Enrique Lalinde Murillo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por



demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues



dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1995, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien



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

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

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

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso



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

De igual forma se observa que la decisión de primer grado no ordenó el traslado de lo descontado por gastos de administración, **los que no están sujetos al término prescriptivo** aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, en la que se reiteró:

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

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

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



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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por el demandante al RAIS, en el año de 1995 a través de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, indicando que el traslado de aportes allí dispuesto, debe incluir lo descontado por concepto de gastos de administración.



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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 01-2019-01175-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: TOMÁS FERNANDO GRACIA DÍAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 01 de junio de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor TOMAS FERNANDO GRACIA DÍAZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y como válida su afiliación al RPMPD. Igualmente, solicita se retrotraigan los efectos de la afiliación y como consecuencia, se trasladen a COLPENSIONES la información y los dineros aportados como si el traslado nunca hubiera existido, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 4 y 70).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 02 de julio de 1956, por lo que cumplió los 62 años de edad en el año 2018; que desde el inicio de su vida laboral el afiliado perteneció al RPMPD laborando al servicio del Ministerio de Educación Nacional desde el 01 de abril de 1978 hasta el 31 de marzo de 1980 y posteriormente, cotizando al ISS desde el 15 de abril de 1985 hasta octubre de 1994; que se afilió al RAIS desde noviembre de 1994 a través de la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN; que ni al momento del traslado inicial, ni durante su vinculación ha recibido alguna asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, pues sólo recibió información que le motivó afiliarse y mantenerse en el RAIS; que los argumentos dados por la AFP brindada se basaron en que el RPMPD iba a desaparecer, la inseguridad en el pago de las mesadas por parte del ISS y la ventaja económica de ser pensionado por el RAIS; nunca le hicieron una comparación de las características de ambos regímenes, ni le mencionaron las ventajas del RPMPD o las desventajas del RAIS. Aduce que según el extracto de PROTECCIÓN S.A. a julio de 2019 contaba con más de 1500 semanas; que la proyección de pensión entregada por PROTECCIÓN arroja una mesada pensional para el año 2019 de \$1'753.006 y en el RPMPD en ese mismo año tendía derecho a una mesada pensional de \$4'013.969. Finalmente, aduce que solicitó la anulación ante las demandadas, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 3 a 4 y 68 a 69).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 5, 9, 10 y 12, negó el 6, 7 y 8 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (fls. 169 a 179).

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 1 y 13, aceptó parcialmente el 3, negó el 2, y 4 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fls. 182 a 192).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen Pensional del demandante señor TOMAS FERNANDO GRACIA DÍAZ, identificado con la c.c. 11.336.580 a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES autorizar el traslado del señor TOMAS FERNANDO GRACIA DÍAZ identificado con la c.c. 11.336.580 al Régimen de Prima Media con prestación Definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a



COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante TOMAS FERNANDO GRACIA DÍAZ identificado con la c.c. 11.336.580 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del actor, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.” (fls. 219 a 221)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que si bien la vinculación del actor al RAIS no se ve provista de constreñimiento, lo cierto es que la AFP PROTECCIÓN si incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera al demandante decidir con plena libertad su traslado de régimen, pues le correspondía a la AFP PROTECCION prever que debía informar al demandante, pues el traslado de régimen podría tener consecuencias negativas en un futuro. Que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado la obligación de brindar una información clara a los afiliados al momento del traslado. Que la suscripción del formulario de afiliación no puede entenderse como un consentimiento informado. Que no importa si le faltan menos 10 años al cumplimiento de la edad, ni si es o no beneficiario del régimen de transición, igual es procedente declarar la ineficacia del traslado ante la falta de información. Finalmente, indica que es procedente declarar en este caso la ineficacia del traslado, por lo que se ordena la devolución de los aportes, más los rendimientos más las sumas descontadas por la AFP a título de gastos de administración, las cuales deberá asumir de su propio patrimonio.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** recurrió señalando que, el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante por lo que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación al RAIS. Que el cotizante por decisión propia solicitó su afiliación suscribiendo los formularios de afiliación; voluntad que se vio ratificada por su permanencia de más de 20



años en el RAIS, en los cuales realizó cotizaciones. Indica que la Ley 100 de 1993 garantiza la libre escogencia de régimen y la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años; derecho que se limitó cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad requerida para pensionarse, salvo para quienes tuvieran 15 años o más al 01 de abril de 1994, a quienes se les garantizó el derecho a regresar al RPMPD. Que las asesorías se exigen desde el 2016.

Por su parte la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección** recurrió señalando que frente a la devolución de los gastos de administración se debe tener en cuenta que no fue un descuento que se hizo por capricho del fondo de pensiones, sino que va encaminado a cubrir los gastos de gestión de la Administradora. Que ante la ineficacia se devuelven los rendimientos que son la consecuencia de la gestión. Que si las cosas deben volver al estado anterior al declararse la ineficacia, entonces se deberían devolver los aportes sin los rendimientos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Tomás Fernando Gracia Díaz, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colmena hoy Protección S.A., en el año 1994 (CD fl.180), así como los traslados posteriores que realizara dentro de dicho régimen a la AFP ING hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. el 01 de abril del 2000 (CD fl. 180), siendo la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. la entidad en la que se encuentra afiliado actualmente, conforme aparece en el historial de vinculaciones de ASOFONDOS. (CD fl. 180)

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia



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

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

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



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

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que en este caso PROTECCIÓN ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1994.

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



señalando que no recibió información o asesoría por parte de los promotores del traslado y que tampoco se le informaron las consecuencias del mismo.

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

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

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

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

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes del demandante durante su afiliación al RAIS, como



quiera que, por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

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

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

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2020-00059-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NELON NIETO ORTIZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y
TURISMO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de abril de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor NELSON NIETO ORTÍZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la



NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO es la entidad responsable del pasivo pensional del extinto IFI – CONCESIÓN DE SALINAS y que debe asumir sus obligaciones jurídicas y dinerarias. Solicita se declare que el actor tiene derecho a la pensión de jubilación patronal especial de acuerdo a lo establecido en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, la cual es **compatible** con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES. Como consecuencia, solicita se le reconozca la pensión patronal a partir del 01 de enero de 2012 junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulta probado extra y ultra petita.

Como pretensiones subsidiarias, solicita se declare que la pensión patronal a la que tiene derecho es **compatible** con la reconocida por COLPENSIONES. (fls. 3 a 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 01 de enero de 1952; laboró para el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI) – CONSECIÓN DE SALINAS entre el 20 de agosto de 1979 al 30 de septiembre de 1993, es decir, por 5081 días que equivalen a 14 años, 1 mes y 11 días; que ostentó la condición de trabajador oficial; que previo a la finalización de su vínculo laboral el empleador INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI) CONCESION DE SALINAS emitió un comunicado general con destino a los funcionarios de dicha entidad señalando la situación económica de la empresa, las pérdidas y la no rentabilidad del negocio salinero; que junto a la comunicación se realizó la desvinculación laboral y sin justa causa de varios trabajadores entre los que se encontraba el actor; que el actor no tuvo la posibilidad de negociar la continuidad del vínculo laboral; que la desvinculación del demandante se realizó sin justa causa y que fue constreñido a negociar la finalización del vínculo laboral; que a partir del 01 de enero de 2012 acredita el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión especial establecida en la Ley 171 de 1961. Indica que mediante la Resolución N° 106439 del 15 de marzo del 2012 el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez, la cual es independiente y con una fuente



jurídica diferente a la pensión de jubilación patronal de la Ley 171 de 1961, por lo que son prestaciones compatibles; que radicó petición ante el Ministerio demandado el 06 de noviembre de 2018, la cual le fue negada mediante oficio GDPP-0180 radicado 2-2018-029237 de 29 de noviembre de 2018. (fls. 5 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4, 10, 12, 14, y 15 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de consolidación del derecho reclamado, declaratoria de compartibilidad pensional, prescripción, inexistencia de la obligación de pago de intereses moratorios, compensación, buena fe y solicitud expresa de autorización para descuentos en salud del retroactivo pensional. (CD fl. 34).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, de las pretensiones de la demanda incoadas por el demandante **NELSON NIETO ORTIZ**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante **NELSON NIETO ORTIZ**.

TERCERO: En caso de que la presente sentencia no fuere apelada, **ORDENAR** surtir el grado jurisdiccional a favor del demandante **NELSON NIETO ORTIZ**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dado que la decisión fue totalmente adversa a sus pretensiones” (fl. 32)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no existe discusión en cuanto a la existencia de una relación laboral entre el actor y el IFI entre el 20 de agosto de 1979 al 30 de septiembre de 1994. Que no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 por lo que la normatividad aplicable es el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pues la pensión reclamada



se causa a la fecha del despido o retiro voluntario, siendo la edad tan sólo un requisito de exigibilidad. Que el actor laboró por 14 años, 1 mes y 10 días y su retiro fue voluntario. Que no se evidencia que haya sido presionado y que ninguna de las pretensiones está dirigida a que se declare la nulidad del acta de conciliación. Que el testigo traído al proceso no prueba que el actor haya sido constreñido o presionado. Que al haberse retirado voluntariamente debía acreditar haber laborado durante 15 años para acceder a la pensión consagrada en la Ley 171 de 1961, lo cual no hizo el actor, por lo que se debe absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** recurrió señalando que, laboró para el IFI 5081 días que equivalen a 14 años, 1 mes y 11 días. Que el IFI so pretexto de un proceso de liquidación inició un plan de retiro voluntario para finalizar los contratos con sus trabajadores oficiales, sin darles la posibilidad de continuar, pese a que muchos les faltaban pocos meses para completar los 15 años de servicios lo que conllevaría el reconocimiento de la pensión patronal establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, como es el caso del demandante.

Indica que el testigo traído al proceso manifiesta su inconformidad y que el acto de retiro no fue voluntario y que se vio obligado hacerlo, pues si no firmaban iban a ser despedidos. Que el testigo prueba que fueron engañados y que el actor fue constreñido para firmar el acta de retiro voluntario y que en realidad lo que se dio fue un despido sin justa causa.

Afirma que el actor aceptó firmar el acta por llevar un sustento a su hogar. Que el IFI pudo haber permitido que siguieran laborando pero incitó al demandante a renunciar para no tener que pagarle la pensión.

Aduce que la pensión aquí reclamada es compatible con la pensión de vejez que le viene pagando Colpensiones, conforme lo ha explicado la Corte



Suprema de Justicia y solicita se le pague la pensión junto con los intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate la relación laboral sostenida por la demandante y el extinto IFI Concesión de Salinas, la que tuvo vigencia, de manera ininterrumpida entre el 20 de agosto de 1979 al 30 de septiembre de 1993, conforme lo acepta la demandada desde la contestación de la demanda y se observa en la liquidación de prestaciones sociales, el acta de conciliación ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá celebrada el 08 de octubre de 1993 y la certificación laboral expedida el 11 de octubre de 1993. (CD fl. 34) .

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961 señala que el trabajador que se retire voluntariamente después de haber laborado más de 15 años, continuos o discontinuos tendrá derecho a la pensión allí consagrada pero sólo cuando cumpla 60 años de edad.

Al respecto, se observa del acta de conciliación celebrada ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de octubre de 1993 (CD fl 34) que el contrato de trabajo que sostenía el demandante con el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL -IFI. CONCESIÓN DE SALINAS **terminó de forma voluntaria** a partir del 30 de septiembre de 1993 y por mutuo consentimiento.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4578 de 2014 en la que rememoró la sentencia con radicado 45545 de 2011 ha indicado que “...cuando trabajador y empleador deciden a través de un acta de conciliación celebrada ante el funcionario competente, **terminar la relación laboral por mutuo consentimiento, es acertado afirmar que en esta decisión, no obstante presentarse una oferta económica por parte del empleador, medió la voluntad del asalariado para finiquitar ese vínculo contractual, circunstancia que no desdibuja el retiro voluntario a que se refiere el**



artículo 8 de la Ley 171 de 1961, al exigirlo para la configuración de la pensión de jubilación restringida *después de quince años de servicio.*”

Conforme a lo anterior se tiene que la terminación del vínculo laboral por mutuo acuerdo, también da lugar al reconocimiento pensional previsto en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y encontrándose en el presente asunto el acta de conciliación allegada al plenario, mediante la cual, el demandante y su empleador dan por terminada la relación laboral, se satisface uno de los requisitos exigidos por la norma inicialmente citada; ahora, **en cuanto al tiempo de servicios** el cual también es un requisito de causación, conforme al acta de conciliación, la liquidación de prestaciones sociales y la certificación laboral expedida el 11 de octubre de 1993, se determina que el señor Nelson Nieto, trabajó para el IFI CONCESIÓN DE SALINAS como se dijo desde **el 20 de agosto de 1979 al 30 de septiembre de 1993**, es decir, que laboró 14 años, 1 mes y 11 días, por lo que no cumple con el requisito de tiempo de servicios, pues para acceder a una pensión restringida de jubilación por retiro voluntario debía acreditar haber laborado más de 15 años de servicio, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Ahora, no puede entenderse que la terminación del vínculo laboral del actor se dio sin justa causa, como lo pretende la parte actora en su recurso, pues como lo indicó el *A quo*, entre las pretensiones no se encuentra la declaratoria de nulidad del acta de conciliación en la cual las partes manifestaron que de manera libre daban por terminado el contrato por mutuo acuerdo. Aunado, a que no es cierto, que con el testigo traído al proceso se logre probar que el actor fue constreñido para firmar el acta de conciliación y que no tenían la posibilidad de continuar trabajando, como quiera que el señor José Jairo Urrego Bernal al rendir su declaración fue claro al señalar que el no estaba presente al momento en que el actor firmó el acta de conciliación, luego no puede dar fe del supuesto constreñimiento que alega la parte actora, por el contrario, lo que deja ver el testigo, es que el empleador les ofreció un plan de retiro voluntario y que les dio la posibilidad a los que no se quisieran acoger para que siguieran laborando en Manaure, como lo hicieron otros de sus compañeros. Además, nótese que el testigo relata su situación particular, más no la del actor, luego no sirve para probar el dicho de la parte demandante.



Conforme lo anterior, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO EJECUTIVO No. 12-2017-00446-01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: AFP PROTECCIÓN S.A.
DEMANDADO: AREAS LIBRES LTDA Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión y los alegatos presentados por la AFP PROTECCION, se procede a dictar la siguiente providencia:

ANTECEDENTES

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. instauró demanda en contra de la empresa AREAS LIBRES LIMITADA y de manera solidaria contra los socios ESPERANZA CASTRELLON LOZANO Y AURORA MARIA FIGUEREDO GONZÁLEZ por concepto de capital de la obligación a cargo del empleador por los aportes en pensión obligatoria junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fl.02 archivo 001. 2017-446).

Mediante auto del 09 de agosto del 2017 el fallador de primera instancia libró mandamiento de pago en contra de la empresa AREAS LIBRES LIMITADA y de manera solidaria en contra de los socios ESPERANZA CASTRELLON LOZANO y AURORA MARIA FIGUEREDO GONZALEZ y a favor de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (fls. 49 a 50 archivo 001. 2017-446)



En providencia del 18 de octubre del 2017 se ordenó el emplazamiento de los ejecutados y se les designó curador ad litem (fls. 88 a 89 archivo 001. 2017-446) El curador ad – litem designado se notificó personalmente el 14 de abril de 2021 como curador de AREAS LIBRES LTDA, AURORA MARÍA FIGUEREDO GONZÁLEZ y ESPERANZA CASTRELLON LOZANO (fl. 140 archivo 001. 2017-446), y procedió a contestar la demanda proponiendo como excepción de mérito la de prescripción. (fls. 141 a 143 archivo 001. 2017-446).

AUTO APELADO

En audiencia del 23 de julio de 2021 el *A quo* resolvió las excepciones planteadas por el curador ad litem en representación de las ejecutadas declarando no probada la excepción de prescripción y procedió a declarar probada de oficio la excepción de inexistencia del título ejecutivo respecto de las ejecutadas Esperanza Castellon Lozano y Aurora Figueredo González, indicando que el Juez tiene la obligación de verificar si existen hechos que configuren una excepción. Señala que una vez revisado el expediente no se encuentra título ejecutivo que obligue a los socios de AIRES LIBRES LIMITADA a responder de manera solidaria, como quiera que la solidaridad no ha sido declarada. Indica que, si bien a folio 17 reposa un requerimiento por mora realizado previo a interponer el proceso contra los socios y contra la persona jurídica, la liquidación únicamente se presenta contra la empresa ejecutada. Afirma que es la empresa ejecutada quien debe asumir el cumplimiento de las obligaciones pensionales respecto de los trabajadores vinculados, pero que la liquidación no puede servir de soporte a efectos de que los socios sean perseguidos por la vía ejecutiva, sin que previamente se haya declarado su responsabilidad solidaria; aspecto que no puede debatirse dentro de la acción ejecutiva, por tanto, si el fondo de pensiones considera que los socios tienen la obligación de responder por las obligaciones no canceladas de la compañía pues debe acudir a la vía judicial apropiada. (archivo 003. Folio 148 2017-0046)



RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la AFP ejecutante interpuso recurso de apelación argumentando que el Despacho de primera instancia ignoró el artículo 430 del Código General del Proceso, el cual se debe aplicar por mandato expreso del artículo 145 del CPT y de la SS, en cuanto a que los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante reposición contra el mandamiento ejecutivo, pues dispone la norma que no se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por ese medio.

Indica que la norma consagra que los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse ni declararse por el Juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución según fuere el caso. Afirma que en este caso con el auto que resuelve las excepciones y declara la excepción de oficio de inexistencia del título ejecutivo se está trasgrediendo la orden de pago que ya fue librada y que se encuentra en firme, pues no fue atacada por ningún medio. Y que pese a que la norma indica que no se pueden controvertir los requisitos formales del título ejecutivo sino mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago, el Juez decide estudiarlos nuevamente de oficio en el auto que ordena seguir adelante la ejecución. (archivo 003. Folio 148 2017-0046)

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que convoca la atención de la Sala consiste en determinar ¿si acertó el fallador de primera instancia al declarar de oficio la excepción de inexistencia de título ejecutivo respecto de las ejecutadas Esperanza Castrellón Lozano y Aurora María Figueredo González?.

Sea lo primero recordar, que de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en un acto o documento que provenga del deudor o



de su causante, o que emane de una decisión judicial o arbitral en firme, lo cual es concordante con el artículo 422 del Código General del proceso.

Por su parte, el artículo 430 del Código General del Proceso al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que:

“Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal.

Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.

Cuando como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por ausencia de los requisitos del título ejecutivo, el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo.

Vencido el plazo previsto en el inciso anterior, la demanda podrá formularse en proceso separado.

De presentarse en tiempo la demanda declarativa, en el nuevo proceso seguirá teniendo vigencia la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad generados en el proceso ejecutivo.

El trámite de la demanda declarativa no impedirá formular y tramitar el incidente de liquidación de perjuicios en contra del demandante, si a ello hubiere lugar.” (negrilla fuera de texto)

Ahora, es claro que para que un documento sea considerado título ejecutivo debe reunir condiciones formales y de fondo. Los requisitos de forma miran, que se trate de documento o documentos que conformen una unidad jurídica, que sean auténticos, que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier



jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley y que del documento se desprenda quien responde.

Por su parte, los requisitos de fondo del título ejecutivo atañen a que de estos documentos aparezca, a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o del causante, una *"obligación clara, expresa y exigible y además líquida o liquidable por simple operación aritmética si se trata de pagar una suma de dinero"*. Siendo necesario precisar, que para que una obligación sea **clara** es necesario que no se deba recurrir a racionamientos u otros medios probatorios, pues la obligación debe ser explícita, no puede ser ambigua; por **expresa** se entiende que es indispensable que el contenido de la obligación se encuentre declarada, no pudiendo ser una obligación implícita y **exigible** se refiere a que la obligación puede cobrarse, solicitarse, ejecutarse y demandarse, es decir, que no está sujeta a un plazo o condición.

De conformidad con lo anterior, una vez cobra firmeza el mandamiento de pago librado, resulta inadmisibles cualquier controversia encaminada a discutir si los documentos allegados como base de recaudo, que en el *sub examine* corresponde a la liquidación y el requerimiento, constituyen título ejecutivo, pues los requisitos formales sólo pueden atacarse mediante reposición al mandamiento de pago y no pueden ser declarados por el juez, ni en el auto que resuelve las excepciones, ni en el que ordena seguir adelante la ejecución.

Por su parte, las excepciones de mérito contra el mandamiento ejecutivo tienen por finalidad atacar el derecho que se reclama y no los requisitos del título, pues con ellas se busca atacar los requisitos de fondo, es decir, si la obligación es clara, expresa y actualmente exigible.

Sentado lo anterior, en el presente caso es necesario precisar lo siguiente:

- La AFP PROTECCION instaura demanda ejecutiva en contra DE AREAS LIBRES LIMITADA **y de manera solidaria en contra de los socios ESPERANZA CASTRELLON LOZANO y AURORA MARIA FIGUEREDO GONZÁLEZ** por la suma de \$56'742.847 por concepto



de capital de la obligación a cargo del empleador por los aportes en pensión obligatoria, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fl. 2 archivo 001. 2017-446)

- Mediante auto del 09 de agosto de 2017 se libró mandamiento ejecutivo de pago en contra de AREAS LIBRES LIMITADA **y de manera solidaria en contra de los socios ESPERANZA CASTRELLON LOZANO y AURORA MARIA FIGUEREDO GONZÁLEZ.** (fl.50 archivo 001. 2017-446)
- En audiencia del 23 de julio de 2021 el *A quo* resuelve declarar probada de oficio la excepción de inexistencia de título ejecutivo respecto de Esperanza Castellon Lozano y Aurora María Figueredo González, por considerar que no puede estudiarse la solidaridad en este proceso ejecutivo. (archivo 003.folio 148 2017-446)

Ahora, precisado lo anterior, es claro como lo dice el apoderado de la AFP PROTECCIÓN que el Juez de primera instancia en la audiencia que resuelve las excepciones, no podía estudiar nuevamente los requisitos de forma del título, pues conforme al artículo 430 del C.G. del P. precitado, los requisitos de forma sólo podían atacarse por vía de reposición contra el mandamiento de pago, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Sin embargo, al escuchar los argumentos dados por el *A quo* y si bien de manera equivocada nombró la excepción que declaró de oficio como “*inexistencia de título ejecutivo*” y la existencia del título atañe a los requisitos de forma, los cuales no podía estudiar en la audiencia que resuelve las excepciones, lo cierto es, que sus fundamentos no están encaminados a la existencia o no del título ejecutivo, pues el título ejecutivo en el presente proceso cumple con los requisitos de forma, pues se trata de un título complejo formado por el requerimiento previo al deudor y la liquidación que realiza la AFP PROTECCION, los cuales son documentos auténticos que conforman una unidad jurídica y de los cuales se desprende una obligación a cargo del deudor, que no es otro que el empleador moroso AIRES LIBRES LIMITADA.



Nótese que desde que se instaura la demanda ejecutiva es la misma AFP PROTECCION quien señala como deudor al empleador moroso AIRES LIBRES LIMITADA y solicita se ejecute a las señoras Esperanza Castellon Lozano y Aurora María Figueredo González como solidarias del empleador moroso. Y es que la responsabilidad solidaria que se pretende y que es estudiada nuevamente por el A quo al resolver las excepciones no atañe a los requisitos de forma del título y, por tanto, contrario a lo manifestado por la AFP PROTECCION si podía ser estudiada de oficio por el fallador de primera instancia al resolver las excepciones planteadas, pues de conformidad con el artículo 282 del C. G. del P. en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyan una excepción deberá reconocerla oficiosamente, como lo hizo el A quo al resolver las excepciones planteadas en el presente proceso ejecutivo, independientemente del nombre que le haya otorgado.

Adicionalmente, es necesario precisar que no pueden demandarse ejecutivamente las señoras Esperanza Castellon Lozano y Aurora María Figueredo González como se pretende con esta demanda, como quiera que el título ejecutivo que sirve de base de la presente ejecución no cumplen los requisitos de fondo, pues no contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible frente a ellas, sino únicamente frente al empleador moroso y la solidaridad que se pretende se derive por su condición de socias de la empresa ejecutada AIRES LIBRES LIMITADA no puede ser discutida dentro del proceso ejecutivo, sino que es una pretensión que debe tramitarse en un proceso declarativo.

Así las cosas, y con las precisiones efectuadas no queda otro camino que confirmar el auto apelado.

En mérito de lo expuesto esta Sala de Decisión,



RESUELVE

CONFIRMAR la providencia recurrida, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-352-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CLARA INÉS LÓPEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora CLARA INÉS LÓPEZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se declare que no existen

incompatibilidad entre la pensión de invalidez absoluta permanente otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional como consecuencia de los servicios prestados por el causante a las Fuerzas Militares de Colombia y la pensión de sobreviviente prevista en la Ley 100 de 1993 a cargo de Colpensiones, por cuanto tienen causa y origen jurídico distinto como fuentes diferentes de financiación; solicita se declare que el causante cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, que ella y el causante Néstor Cárdenas compartieron el mismo techo, lecho y mesa como compañeros permanentes y luego cónyuges por más de 39 años y hasta el fallecimiento de este último, por lo que la demandada debe reconocer a su favor pensión de sobrevivientes señalada en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 a partir del 4 de diciembre de 2016 fecha de fallecimiento de este, junto con retroactivo e intereses moratorios o de manera subsidiaria indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante resolución 05210 del 5 de septiembre de 1977, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció al señor Néstor Cárdenas pensión de invalidez por incapacidad absoluta permanente, por virtud de accidente que sufriera estando en servicio en el año 1976, prestación que se financia con base en los aportes servidos y cotizados exclusivamente al Ministerio en mención, la que percibía el señor Néstor desde el 10 de septiembre de 1977 hasta que falleció el 4 de diciembre de 2016.

Afirma que con ocasión al fallecimiento del señor Néstor presentó en su calidad de cónyuge de este solicitud de sustitución pensional ante el Ministerio de Defensa, entidad que reconoció a su favor dicha sustitución en resolución 1564 de 2017, en cuantía de \$1.106.316 y a partir del 4 de diciembre de 2016, que el señor Néstor cotizaba para los riesgos de IVM al RPM administrado por el ISS desde el año 1994 a través de varios empleadores del sector privado y para el año 2002, trasladó sus aportes al RAIS por intermedio de Porvenir S.A., fondo en el cual continuó cotizando y para el año 2013 inició gestiones para retornar al RPM, traslado que se efectuó en el año 2014, siendo trasladados todos los aportes realizados por este de Porvenir S.A. a Colpensiones.

Señala que continuó cotizando al régimen general de pensiones hasta el día de su fallecimiento en el año 2016, aportes que fueron realizados en virtud de

contratos laborales suscritos y ejecutados con empresas de vigilancia del sector privado, razón por la cual en su calidad de compañera permanente y luego cónyuge presentó solicitud de reconocimiento pensional ante Colpensiones, dada su convivencia como pareja por más de 39 años, y fruto de dicha unión procrearon 3 hijos quienes ostentan la mayoría de edad, que el señor Néstor cotizó al RPM administrado por Colpensiones un total de 601,4 semanas entre 1 de enero de 1994 al 4 de diciembre de 2016, de las cuales 208,32 fueron cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del señor Néstor.

Afirma por último que Colpensiones negó el reconocimiento pensional solicitado en el 2018, para lo cual adujo que la prestación reclamada era incompatible con la prestación que disfrutaba concedida por el Ministerio de Defensa Nacional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 9 a 11, 15 a 19, 21, 22, 25, 31 a 34, negó los No. 27 y 28 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó caducidad, cobro de lo no debido, no configuración de pago de intereses moratorios, inexistencia de obligación por falta de causa y título para pedir.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la pensión de invalidez reconocida al causante Néstor Enrique Cárdenas López por parte del Ministerio de Defensa Nacional y posteriormente sustituida a la demandante Clara Inés López Miranda es compatible con la pensión de sobreviviente por riesgo común a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora Clara Inés López Miranda tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Néstor Enrique Cárdenas López desde el 5 de diciembre de 2016, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente por 13 mesadas anuales, junto con incrementos pensionales anuales establecidos por el Gobierno Nacional y los intereses moratorios desde el 13 de agosto de 2018.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar en favor de la demandante Clara Inés López Miranda la pensión de

sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del afiliado Néstor Enrique Cárdenas López desde el 5 de diciembre de 2016, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente y 13 mesadas anuales, junto con los incrementos pensionales anuales establecidos por el Gobierno Nacional y los intereses moratorios desde el 13 de agosto de 2018.

QUINTO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar en favor de la demandante Clara Inés López Miranda por concepto de retroactivo pensional con corte al 30 de abril de 2021 la suma de \$ 46.108.063.83, autorizando a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de seguridad Social en salud. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que eran presupuestos procesales no controvertidos la calidad de beneficiaria de la demandante respecto del señor Néstor, como tampoco de la densidad de cotizaciones efectuadas por este en Colpensiones, para lo cual señaló que el problema jurídico se centraba en determinar si la prestación reclamada por la demandante era compatible con la sustitución pensional que le fuera reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, indicando que eran perfectamente compatibles, habiendo lugar a acceder al reconocimiento pensional deprecado junto con el consecuente pago de intereses moratorios.

Para arribar a dicha conclusión señaló que se había reconocido pensión invalidez por incapacidad absoluta permanente al señor Néstor Enrique Cárdenas López por parte del Ministerio de Defensa Nacional a través de la resolución 05210 del 05/09/1977 y que con ocasión del fallecimiento del citado ciudadano le fue sustituida la demandante clara Inés López Miranda a través del acto administrativo 1564 del 17/04/2017 compatibilidad que debía analizarse frente a la pensión de sobrevivientes por fallecimiento de afiliado por riesgo común se peticionaba siendo que los argumentos esbozados por Colpensiones para no reconocer la pensión de sobreviviente en favor de la actora radicaban en la no compatibilidad de la pensión pretendida con la pensión de invalidez que le fue reconocida al causante por parte del Ministerio de Defensa Nacional en atención a lo consagrado en el artículo 128 constitucional aduciendo que no es procedente que se perciban 2 asignaciones del Tesoro Público; al respecto indicó que conforme lo ha venido definiendo la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia los dineros con los que hoy el antiguo ISS hoy Colpensiones paga las prestaciones que concede no tienen la calidad de asignación del Tesoro Público en tanto los mismos no tienen origen en fondos de naturaleza pública ya que son realizados por empleadores y trabajadores respecto de los cuales la entidad de

Seguridad Social constituye un mero administrador; y en tal sentido se había pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia con radicación 400848 de diciembre de 2011 y en igual sentido, la SL451 del 17/06/2013 con radicación 41001 en la que reiteró que el carácter de los dineros con que el ISS paga las prestaciones no tienen la calidad de asignación proveniente del tesoro público en tanto los aportes que sirven para su financiación, no tienen origen en fondo de esta naturaleza sino que son aportes obrero patronales, también se señala la providencia que el fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez sobreviviente no es de propiedad del ISS por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que la naturaleza jurídica del ISS no establece que sea parte de la prohibición a que hace referencia el artículo 128 de la CP; conforme a ello señaló que resultaba claro que las prestaciones reconocidas por el ISS y Colpensiones no tenían el carácter de públicas y por ende la pretendida pensión de sobreviviente no era incompatible con la pensión de invalidez reconocida por el Ministerio de defensa en favor del causante y luego en favor de la actora máxime cuando la prestación reconocida por ese Ministerio no tuvo ni puede tener ningún tipo de origen en cotizaciones realizadas a Colpensiones pues conforme la resolución 05210 de 05/09/1977 esta prestación fue reconocida a cargo del presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, y conforme la resolución SUB 2058001 el 02/08/2018 el señor Néstor Enrique Cárdenas López, inició sus cotizaciones al sistema general de pensiones el 23/06/1988 es decir, 11 años después de que le fue reconocida su prestación de invalidez por parte del Ministerio de defensa, ratificando de esta forma que para la financiación de su prestación inicial no se tuvieron en cuenta las cotizaciones que se realizaron al sistema general de Seguridad Social específicamente al RPM.

Conforme lo anterior señaló en cuanto al reconocimiento pensional deprecado que la jurisprudencia de la Sala Laboral había sido enfática en señalar que la norma para el estudio de la pensión de sobreviviente era la vigente al momento del fallecimiento del afiliado en este caso, se había demostrado que el señor Néstor falleció el 04/12/2016, la normatividad aplicable era el artículo 12 de la ley 797 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 y que prevé que tendrá derecho al reconocimiento pensional de sobrevivientes el grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca siempre y cuando este hubiera cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento; para lo cual, reiteró que la fecha de fallecimiento del señor Néstor había tenido lugar el 4 de

diciembre de 2016 y había acreditado dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento una densidad de semanas cotizadas de 153.72 superando con creces este requisito; por lo que no existiendo discusión frente a la calidad de beneficiaria de la demandante respecto del señor Néstor en los términos del artículo 13 de la ley 797 2003, para lo cual adujo haber sido compañera permanente del causante desde septiembre de 1977, que fruto de esa Unión procrearon 3 hijos quienes ya son mayores de edad y que contrajeron matrimonio el 22 de octubre del año 2002, vínculo que permaneció vigente hasta el fallecimiento del afiliado, para lo cual en el proceso obraba copia del Registro Civil de matrimonio expedida y autenticada el 29/05/2018 que daba cuenta que el causante y la demandante contrajeron nupcias el 22 de octubre del año 2002, registro que no cuenta con anotación de cesación de efectos civiles y sí con la correspondiente nota de legitimación de los 3 hijos a que hace referencia la actora en los hechos de la demanda; por lo que la calidad de beneficiaria de la demandante se encontraba más que acreditada por su calidad de cónyuge del afiliado fallecido.

Señaló que confirme lo consagrado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el historial de cotizaciones del causante de fecha 4 de mayo del año 2021, se colegía que acumuló un total de 1253 semanas cotizadas al sistema por lo que era necesario determinar si le era más favorable calcular la prestación con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral o con los últimos 10 años, resultándole más favorable el promedio de lo cotizado durante toda la vida que arrojaba la suma de \$ 797,248.72, promedio al que se debía aplicar como tasa de reemplazo el 75% atendiendo a la densidad de semanas cotizadas por el señor Néstor que ascendían a 1253, determinándose que para el 2016 correspondería una mesada pensional de \$ 597,936.54 y conforme al artículo 35 de la Ley 100 de 1993, ninguna pensión puede ser inferior al salario mínimo y como quiera que para dicha anualidad dicho salario ascendía a \$689,455, resultaba superior a la liquidación del despacho, reconocimiento que operaba a partir del 5 de diciembre del año 2016, día inmediatamente siguiente al fallecimiento del afiliado, por 13 mesadas pensionales con fundamento en lo establecido en el acto legislativo 01 de 2005.

Autorizó a la demandada Colpensiones a realizar los descuentos con destino al sistema general de Seguridad Social en salud y hacer los traslados a la respectiva EPS; afirmó respecto de la excepción de prescripción que no tenía prosperidad

ya que el señor Néstor había fallecido el 04/12/2016 y la demandante había reclamado administrativamente el reconocimiento del derecho, interrumpiendo así el término prescriptivo con la solicitud que elevara el 13 de junio del año 2018, la que fuera resuelta de manera desfavorable mediante la resolución SUV 2058001 del 2 de agosto del año 2018, interponiendo la acción judicial antes del vencimiento del término trienal, el 22 de mayo del año 2019.

En cuanto a la pretensión de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 desde 1993, el artículo 1 de la Ley 712 de 2001, señalaba que la administradora pensional cuenta con el término de 2 meses para reconocer pensión de sobreviviente, habiendo lugar a condenar a la demandada al pago de dichos intereses sobre el retroactivo pensional a partir del 13 de agosto de 2018.

CONSIDERACIONES

Conforme el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandada se determinará si hay lugar a condenarla al reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente deprecada a favor de la demandante.

Al respecto, previo a verificar los requisitos de la prestación invocada, conforme se fijó el litigio en primera instancia, habrá de abordarse el estudio de la compatibilidad de la prestación de invalidez de que gozaba el señor Néstor que le fuera reconocida mediante acto administrativo – resolución 05210 del 5 de septiembre de 1977 y que fuera allegada en el expediente digital, cuya sustitución a la aquí demandante, no fue objeto de reproche; con la pensión de sobreviviente reclamada en esta oportunidad por las cotizaciones que efectuara el señor Néstor al RPM administrado por la demandada.

Es así como del acto administrativo en mención se evidencia que la prestación de invalidez le fue reconocida al señor Néstor con cargo a los recursos de dicha cartera ministerial y con ocasión de un accidente sufrido en vigencia de la prestación de su servicio como infante de manera y a partir del 1 de septiembre de 1976, no siendo tampoco objeto de debate que la demandada Colpensiones en resolución SUB 205801 del 2 de agosto de 2018, fundó su negativa de reconocimiento pensional reclamado por la demandante en que la prestación que le fuera sustituida por el Ministerio de Defensa Nacional resultaba

incompatible con la que se llegare a causar en el RPM, argumento este que reitera en sus alegaciones.

Al punto y como bien lo indicó la juzgadora de primer grado no le asiste razón a este respecto a la demandada por cuanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras en sentencia SL 3972 del 25 de agosto de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas, ha reiterado que las prestaciones reconocidas por el ISS hoy Colpensiones como administrador del RPM, **no son asignaciones provenientes del tesoro público**, así se pronunció en dicha decisión:

Respecto a la segunda cuestión, debe precisarse que de manera reiterada y pacífica esta Corporación ha establecido que, por tesoro público, se concibe el proveniente de La Nación, de las entidades territoriales y las descentralizadas y, por tanto, una pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario.

Igualmente, también ha afirmado que el Estado no aporta recursos para la financiación del fondo de pensiones administrado por el ISS hoy Colpensiones y, por ello, las prestaciones que tal entidad otorga no tienen el carácter de asignación proveniente del erario (CSJ SL14413-2014, CSJ SL16083-2015 y CSJ SL2170-2019). (Negrilla fuera del texto original).

Conforme lo señalado en precedencia es claro para la Sala que en el presente asunto no se configura la incompatibilidad alegada por la demandada, entidad que conforme historia laboral el señor Néstor que se aportó en expediente digital, recaudó las cotizaciones efectuadas por este desde el 23 de junio de 1988 al 30 de noviembre de 2002 y recibió el traslado de aportes que realizara Porvenir S.A., hasta el periodo de marzo de 2014; traslado que quedó igualmente acreditado en el plenario y que fuera aceptado por la demandada en escrito de contestación, cotizaciones que se hicieron exclusivamente a través del empleadores del sector privado, razón de más para concluir que la fuente de financiación de la prestación reclamada, dista de la de pensión de invalidez, ya que primera corresponde a aportes efectuados al sector privado y la segunda se financia con dineros de naturaleza pública.

Determinada la compatibilidad de la prestación que reclama la demandante con la sustitución de que goza concedida por el Ministerio de Defensa, procede abordar el estudio de los requisitos para acceder a la primera; sobre el particular, no fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Néstor

Cárdenas, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 4 de diciembre de 2016 (fl. 10 expediente digital), como tampoco que su única beneficiaria en calidad de compañera permanente y posteriormente cónyuge, la ostenta la aquí demandante, pues tal cuestión no fue debatida en el trámite procesal, la existencia de dicho vínculo marital de la demandante y el señor Néstor se corrobora con registro de matrimonio de la pareja que tuvo lugar el 25 de octubre de 2002 y que se aporta a folio 11 del plenario digital.

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

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** *exequibles*>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

Respecto al **tiempo de convivencia** la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había señalado en sentencia 32393 de 2008 que se exigía tanto a la cónyuge como a la compañera permanente demostrar convivencia dentro de los

cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado.

La anterior postura fue variada en la sentencia rad. 41637 de 2012 y 45038 del mismo año, en donde la Corte señaló que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, concluyendo que la protección debía otorgarse mientras se demostrara vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

Conforme lo señalado en precedencia, se itera, al no haber reparo respecto de la calidad de beneficiaria de la demandante en los términos de la normatividad en cita, se tiene que la prestación reclamada le es sustituible siempre y cuando el señor Néstor que a la fecha de su deceso ostentaba la calidad de afiliado al sistema general de pensiones, hubiere cotizado 50 semanas en los 3 años anteriores a su deceso, en los términos del numeral 1 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

A este respecto, tampoco ofreció reparo que el señor Néstor a la fecha de su fallecimiento se encontraba cotizando como se señaló al sistema pensional y de ello da cuenta la historia laboral expedida por la demandada actualizada al 4 de mayo de 2021 en la que se refleja que como lo señaló la juzgadora de primer grado el señor Néstor supera con amplitud las 50 semanas de que trata la norma en cita cotizadas en los 3 años previos a su deceso.

Así las cosas, en efecto como lo concluyó la juzgadora de primer grado, se determina que en esta oportunidad se cumplen los presupuestos para la sustitución pensional reclamada en los términos señalados en la sentencia que se estudia, esto es, en cuantía del SMLV y sobre 13 mesadas pensionales.

Encontrándose igualmente ajustada la condena por concepto de intereses moratorios a cargo de la demandada, como quiera que la incompatibilidad que alegó para no reconocer la prestación, no tenía asidero alguno, ya que tal debate respecto de los recursos del RPM se encontraba ampliamente definido como se estudió en esta decisión.

Prescripción

Atendiendo a la fecha de fallecimiento del señor Néstor Cárdenas, 4 de diciembre de 2016, se observa que se agotó reclamación administrativa para el pago de la prestación por la demandante ante la demandada el 13 de junio de 2018 como da cuenta la resolución expedida por esta última, SUB 205801 de 2018, interrumpiendo así el fenómeno prescriptivo y como quiera que radicó esta acción el 22 de mayo de 2019 (fl. 93), es claro que no transcurrió el fenómeno bajo estudio, debiéndose **confirmar** la sentencia consultada en su totalidad.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-00057-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: LEONARDO ARTURO LOPEZ GARZÓN

DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 02 del Circuito de esta Ciudad, el 28 de mayo del 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor RAÚL FRANCISCO FORERO GARZÓN en su calidad de curador legítimo del señor LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN persona declarada legalmente incapaz, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se ordene a la UGPP el reconocimiento del



derecho a la sustitución pensional en un 100% a favor del señor LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN desde el momento del fallecimiento de su padre el señor CARLOS ARTURO LÓPEZ RODRÍGUEZ el 12 de septiembre de 1996, teniendo en cuenta su condición de discapacidad permanente. Como consecuencia, solicita el reconocimiento y pago de las prestaciones correspondientes al 50% de la pensión que en su momento se concedió a manera de sustitución pensional a la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fl. 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM expidió la Resolución N° 115 del 16 de enero de 1978 por medio de la cual reconoció pensión de jubilación al señor CARLOS ARTURO LOPEZ RODRÍGUEZ (q.e.p.d.); el señor LÓPEZ RODRÍGUEZ y la señora ANA SILVIA GARZÓN CASTRO procrearon a LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN quien nació el 20 de noviembre de 1961; el señor LÓPEZ RODRÍGUEZ falleció el 11 de septiembre de 1996; a través de la Resolución N° 490 del 11 de marzo de 1997 CAPRECOM ordenó el 100% de la sustitución pensional a favor de la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERÓN en calidad de compañera permanente; posteriormente, por medio de la Resolución N° 686 del 20 de mayo de 1998 CAPRECOM ordenó revocar parcialmente la anterior resolución, reconociendo la sustitución pensional en un 50% al señor LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN en su condición de hijo inválido y el otro 50% a la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON en condición de compañera permanente; mediante sentencia del 27 de agosto de 1999 proferida por el Juzgado de Familia de Soacha y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 09 de diciembre de 1999 el señor LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN fue declarado interdicto por demencia y se designó como curadora legítima a su progenitora; mediante Resolución N° 1271 del 19 de junio del 2008 CAPRECOM revocó directamente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente efectuado a la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON aduciendo que no conformó una comunidad de vida estable, permanente y definida con el causante y se ordenó adelantar los



trámites pertinentes para el acrecimiento de la prestación económica del actor; la señora Ana Silva Garzón Castro progenitora del aquí demandante falleció el 11 de noviembre de 2015; mediante auto del 17 de agosto de 2016 el Juzgado de Familia de Soacha nombró como curador del demandante al señor RAÚL FRANCISCO FORERO GARZÓN hermano del interdicto quien tomó posesión de su cargo desde el 19 de septiembre de 2016; el día 21 de abril del 2017 solicitó ante la UGPP el acrecimiento pensional teniendo en cuenta que a esa fecha el señor LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN sólo recibía el 50% de la sustitución pensional, solicitud denegada; y ante la cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución RDP 033840 del 31 de mayo del 2017 en la cual se dispuso acrecer la mesada pensional a favor del señor LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN en calidad de hijo inválido en un porcentaje del 100% pero con efectos fiscales a partir de la fecha de exclusión en nómina de la señora PERALTA CALDERON; el 12 de julio de 2018 se elevó solicitud solicitando el reconocimiento y pago de los recursos que alcanzó a percibir la señora PERALTA CALDERON por sustitución pensional, lo cual le fue negado mediante comunicación del 31 de julio de 2018. (fls. 3 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 a 16 y el 19, negó el 17 y dijo no constarle el 18. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica. (fls. 82 a 90).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de buena fe.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: En caso de no ser apelada esta sentencia, CONSÚLTASE con el Tribunal Superior Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte actora, fjense como agencias en derecho suma equivalente a $\frac{1}{2}$ medio salario mínimo legal mensual vigente” (archivo 010. Acta Audiencia Art 77 y 80)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que frente a las mesadas pagadas de buena fe por la UGPP canceladas con ocasión de la sustitución pensional que se había otorgado a favor de la señora PERALTA CALDERON ha operado la figura del efecto liberatorio por lo que se negará la totalidad de las pretensiones de la demanda y se declarará probada la excepción de buena fe. Que no existió ninguna controversia entre beneficiarios y fundamento su decisión en las sentencias de la CSJ SL 4604-2019 y SL 540-2021, señalando que no habría lugar a realizar el pago el actor, pues se estarían pagando las mesadas pensionales dos veces y que la Corte ya ha indicado que esos pagos resultan válidos y producen efectos liberatorios para las AFP en las proporciones pagadas.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en este grado jurisdiccional consiste en establecer si el pago que CAPRECOM realizó del 50% de la pensión de sobrevivientes a la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON tiene efecto liberatorio frente al derecho del demandante?

Sea lo primero indicar, que en el presente proceso no se discute, pues así fue aceptado por la demandada UGPP desde la contestación de la demanda, lo siguiente:

- Que el aquí demandante el señor LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN es hijo de CARLOS ARTURO LOPEZ RODRÍGUEZ Y ANA SILVIA GARZÓN CASTRO y que su fecha nacimiento data del 20 de noviembre de 1961 como da cuenta el registro civil de nacimiento. (fl. 8)



- Que el actor fue declarado en interdicción por demencia y se le designó curador legítimo conforme se evidencia en la sentencia proferida el 27 de agosto de 1999 por el Juez de Familia de Soacha (fls. 10 a 15) Decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 09 de diciembre de 1999 (fls. 19 a 25)
- Que la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM mediante Resolución 0490 del 11 de marzo de 1997 reconoció a ALBA LUCIA PERALTA CALDERON en calidad de compañera permanente del señor CARLOS ARTURO LÓPEZ RODRÍGUEZ la suma de \$257.753,33 por concepto de sustitución pensional a partir del 12 de septiembre de 1996 en un 100% (fls. 35 a 37)
- Que CAPRECOM a través de la Resolución N° 686 del 20 de mayo de 1998 ordenó revocar parcialmente la anterior resolución, reconociendo la sustitución pensional en un 50% al señor LEONARDO ARTURO LÓPEZ GARZÓN en su condición de hijo inválido y el otro 50% a la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON en condición de compañera permanente.
- Que posteriormente, mediante Resolución N° 1271 del **19 de junio del 2008** CAPRECOM resolvió revocar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente efectuado a la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON. (fls 39 a 46)
- Que la UGPP mediante la Resolución N° RDP 022840 del 31 de mayo del 2017 resolvió acrecer la mesada pensional sustituida a favor del señor LEONARDO ARTURO LOPEZ GARZÓN en calidad de hijo inválido en un porcentaje del 100% pero con efectos fiscales a partir de la fecha de exclusión en nómina de la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON (fls. 48 a 53)

Para resolver el problema jurídico planteado debemos recordar que la **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida.

Como ya se dijo, no existe discusión en cuanto a que el actor es el único beneficiario de la pensión de sobreviviente que dejó causada el señor CARLOS ARTURO LOPEZ RODRÍGUEZ en su condición de hijo inválido, la discusión



radica en la fecha a partir de la cual se le debe pagar, pues conforme lo sostiene la entidad demandada y el fallador de primera instancia, se debe ordenar su pago desde la fecha de exclusión en nómina de la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON, con el fin de no imponer un doble pago a la demandada por concepto del porcentaje ya desembolsado a la señora PERALTA CALDERON, señalando que el porcentaje pagado tuvo efectos liberatorios.

De acuerdo a lo anterior, y conforme lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 5034-2021, lo primero que se debe recordar, es que la fecha de la muerte marca el inicio de la causación de la pensión de sobreviviente a sus beneficiarios¹, sin que la norma pensional prevea que ante la presentación de uno nuevo o ante una declaratoria judicial posterior que lo tenga como beneficiario o como ocurre en el presente caso que ante la revocatoria del 50% de la pensión que le había sido reconocido a la señora PERALTA CALDERON sea el actor quien tenga derecho a recibir el 100% de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su progenitor, se tenga que ver afectada la fecha de causación para acceder a la garantía pensional y como lo pretende la UGPP se determine que el derecho del actor sólo sea efectivo desde la fecha de exclusión en nómina de la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON.

Indica además la Corte que “ante un posible nuevo beneficiario, se reitera, corresponde la aplicación del marco vigente sin que su presentación tardía afecte la existencia del derecho desde la calenda en que se difiere el mismo, que precisamente es la del fallecimiento; la consecuencia de la extemporaneidad en la reclamación, no es otra que la prescripción sobre los efectos económicos del mismo, y la posibilidad para la entidad obligada, de obtener el reembolso o devolución de las sumas que hubiera tenido que pagar en exceso de lo dispuesto en la ley a través de las acciones legales pertinentes, siempre que ello sea procedente a juicio de las autoridades judiciales competentes, atendiendo las circunstancias particulares de cada caso.”

Así las cosas, la solución dada por la falladora de primera instancia, de que el 50% de la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho el actor en su condición de hijo inválido; porcentaje que había sido pagado a la señora

¹ Artículos 46 y s.s. de la Ley 100 de 1993 en su redacción original atendiendo la fecha del fallecimiento del señor Carlos Arturo López Rodríguez el 11 de septiembre de 1996.



PERALTA CALDERON, se pague desde la fecha de exclusión en nómina de la señora PERALTA CALDERON no se acompasa con nuestra legislación laboral y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual señala que la solución dada en primera instancia no es procedente, pues *“la pensión de sobrevivientes comporta un contenido mínimo e irrenunciable y, por ende, no puede ser afectado, desconocido o disminuido, pues esto conllevaría a su renuncia, lo que no está permitido en nuestra Constitución”*

En este mismo sentido, la Corte se pronunció en la sentencia SL 226-2021, en la que indicó que la existencia de un beneficiario que hubiera percibido un porcentaje mayor desde el inicio, no puede limitar la declaración del derecho *«a partir de la fecha de la muerte del causante pensionado, y mucho menos, que sus efectos fiscales se aplacen o trasladen al momento del ajuste definitivo, pues el nuevo beneficiario no puede correr con las consecuencias de ese tipo de estudio o que le imponga una carga adicional, como es, que tenga que perseguir por su cuenta los dineros entregados al beneficiario inicial, porque el Estado cuenta con las herramientas necesarias para sanear las finanzas de las cuales se provee el sistema pensional»*.

Adicionalmente, dijo la Corte frente a casos como el aquí nos ocupa, en el cual el actor sería un nuevo beneficiario frente al 50% que alcanzó a percibir la señora PERALTA CALDERON, que no desconoce que estos eventos puedan llegar a generar efectos que pueden afectar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, para lo cual:

“el legislador permitió a la entidad que asume el reconocimiento de la pensión, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios iniciales, o en su defecto, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud.

Así, debe traerse a mención el artículo 5° de la citada Ley 1204 de 2008, en que la recurrente respalda su cuestionamiento:

ARTÍCULO 5o. TÉRMINOS PARA DECIDIR LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DEFINITIVA. *Si no se presentare controversia, la*



sustitución, de manera definitiva, se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término del edicto emplazatorio. En caso de controversia se resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

En caso de que los beneficiarios iniciales tuvieran que hacer compensaciones a los nuevos por razón de las sumas pagadas, así se ordenará en el acto jurídico y lo ejecutará la entidad pagadora.

Las compensaciones se harán descontando el valor correspondiente de las futuras mesadas. (Subrayado fuera del original).

Esta norma opera de pleno derecho, y no es necesario que el operador judicial acuda a ella en el instante de resolver una controversia entre beneficiarios de la prestación pensional, para que la entidad se encuentre habilitada a recuperar aquellas sumas de dinero que perdieron su causa, y en aquellos casos en que no es posible esa compensación, pueda ejercer la acción judicial pertinente ante el enriquecimiento sin causa de aquellas personas que perdieron la calidad de beneficiarios y recibieron unas mesadas sin respaldo normativo alguno.

De manera que existe un mecanismo para evitar una doble erogación a cargo del Estado cuando se presentan nuevos beneficiarios, como es la compensación, que significa, como se ha venido explicando, que los beneficiarios iniciales deben ir devolviendo los dineros percibidos en el pasado, hasta lograr que se ajusten los porcentajes definitivos desde el momento en que se causó el derecho pensional, lo cual aplica no solo por decisión propia de la administración sino incluso cuando el asunto es resuelto definitivamente por la jurisdicción.”

Por lo anterior, es claro que contrario a lo que determinó el fallador de primera instancia en el presente caso no se podía hablar del efecto liberatorio de la obligación de la AFP respecto de las mesadas canceladas previamente a la señora PERALTA CALDERON y, con ello, habilitar la posibilidad de que, aun cuando el derecho se causa al momento de la fecha de fallecimiento, el pago de la misma, se inicie en fecha diferente, pues las sentencias citadas por el A quo como sustento de su decisión SL 4604-2019 y SL 540-2021 tienen fundamentos facticos diferentes, como quiera que en



ellas se analizó el caso de un cónyuge y padre de los hijos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, quien, como representante de los mismos, petitionó la misma en un 100% solo para sus descendientes y, posteriormente reclamó su derecho; encontrando el efecto liberatorio de las mesadas pensionales ya canceladas, pues dijo la Corte que no resultaba dable generar un doble pago de la prestación por parte del fondo demandado, teniendo en cuenta que durante el reconocimiento de buena fe del 100% de su valor a la menor hija del causante, la demandante administró el dinero en su calidad de representante legal. Postura que no puede aplicarse en el presente caso pues la señora PERALTA CALDERON no tiene ningún vínculo con el hijo invalido que hoy reclama el porcentaje al que tenía derecho desde el fallecimiento de su progenitor.

En consecuencia, le asistía el derecho al actor a que la UGPP le reconociera el 50% de la mesada pensional que fue pagada a la señora PERALTA CALDERON desde el fallecimiento del señor CARLOS ARTURO LOPEZ RODRÍGUEZ el 11 de septiembre de 1996 hasta la fecha en que fue excluida de la nómina.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y como quiera la señora PERALTA CALDERON fue excluida de nómina mediante la Resolución N° 1271 del **19 de junio del 2008**, fecha a partir de la cual comienza a correr el término de 3 años que tenía el actor para reclamar las sumas pagadas a la señora PERALTA CALDERON y que en el hecho 12 de la demanda el actor refiere que reclamó ante la UGPP el 21 de abril del 2017 el acrecimiento de su mesada pensional ante la revocatoria de la pensión que venía percibiendo la señora PERALTA CALDERON; hecho que fue aceptado por la UGPP al contestar la demanda y que el presente proceso fue radicado el 16 de enero de 2019 conforme al acta de reparto, es claro que se encuentran prescrito el pago de las sumas pagadas a la señora PERALTA CALDERON con anterioridad al **21 de abril del 2014**.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que mediante la Resolución N° RDP 022840 del 31 de mayo del 2017 resolvió acrecer la mesada pensional



sustituida a favor del señor LEONARDO ARTURO LOPEZ GARZÓN en calidad de hijo inválido en un porcentaje del 100% **con efectos fiscales a partir de la fecha de exclusión en nómina de la señora ALBA LUCIA PERALTA CALDERON** en el año 2008. (fls. 48 a 53).

Por tanto, es claro que el pago que pretende el actor de las sumas que fueron pagadas a la señora PERALTA CALDERON se encuentran prescritas; razón por la cual se debe absolver a la UGPP pero por las razones aquí expuestas, y se revocará el numeral primero de la sentencia consultada para declarar probada la excepción de prescripción.

Sin costas en este grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia consultada, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en este grado jurisdiccional.



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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2019-00685-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALVARO FLOREZ ORDUZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de mayo de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor ALVARO FLOREZ ORDUZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se ordene a COLPENSIONES reliquidar su pensión de vejez a partir del 14 junio de 2016 liquidando el IBL con el promedio de los últimos 10 años y aplicando una tasa de reemplazo del 85%. Como consecuencia, solicita se condene a COLPENSIONES a pagar la diferencia entre la mesada reliquidada y la que viene pagando COLPENSIONES junto con los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993 o de manera subsidiaria la indexación de las mesadas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 3 a 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 29 de julio de 1943, por lo que cumplió los 60 años en el 2003; al 01 de abril de 1994 contaba con 40 años, por lo que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; Colpensiones mediante la Resolución N° 021794 del 18 de julio de 2005 le reconoció pensión de vejez, la cual posteriormente fue modificada mediante la Resolución N° 038017 de 18 de noviembre de 2005; que logró cotizar 1505 semanas según la Resolución N° 038017 de 2005, en la cual calculó el IBL en la suma de \$1'836.614 y aplicando una tasa de reemplazo del 85%, arrojando como valor de la primera mesada pensional la suma de \$1'561.122 a partir del 03 de octubre del 2005; que teniendo en cuenta que 1505 semanas tiene derecho a que su IBL se obtenga con los últimos 10 años, lo cual le es más favorable; que al efectuar los cálculos aritméticos se encuentra que la mesada del actor para el año 2005 debe ser reliquidada a la suma de \$1'666.143,69; el 14 de junio del 2019 radicó ante COLPENSIONES derecho de petición solicitando la reliquidación de su pensión, la cual fue reliquidada parcialmente mediante la Resolución SUB 225881 de 20 de agosto de 2019. (fls. 2 a 3).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 8, 10 Y 11, negó el 4, 5, 6 y 7 y dijo que el 9 no era un hecho. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, pago, cobro de lo no debido y la genérica. (fl. 62 archivo 02 CONTESTACION COLPENSIONES).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENESE a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la pensión reconocida al señor ALVARO FLOREZ ORDUZ, identificado con C.C. N° 17.085.790, obteniendo el IBL aplicando lo cotizado en los últimos 10 años conforme el artículo 21 de la ley 100 de 1993, por resultar más favorable al actor conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Condénese a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar al señor ALVARO FLOREZ ORDUZ, las diferencias pensionales generadas y que se generen con ocasión del reconocimiento pensional que se efectúa en la presente sentencia con las mesadas reconocidas en la Resolución SUB 225881 de 20 de agosto de 2019 que corresponde a la suma de \$8'459.939,20 de las mesadas causadas entre el 14 de junio de 2016 al 30 de abril de 2021, debidamente indexadas. Teniendo como mesada para el año 2021 la suma de \$3'084.920.

TERCERO; Declárese no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES.

CUARTO: Condénese en costas de esta instancia a Colpensiones. Liquidense por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$600.000.” (fls. 68 a 69)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no se discute que al actor se le reconoció una pensión de vejez conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 por cumplir con los requisitos de edad y semanas contenido en dicha normatividad. Que, pese a ser beneficiario del régimen de transición se le aplicó la Ley 100, pues era la normatividad que permitía acumular tiempo público más privado. Que, al liquidar la pensión del actor con los últimos 10 años, arroja una mesada pensional superior a la reconocida por Colpensiones por lo que es procedente la reliquidación. Que se debe condenar al pago de las diferencias pensionales causadas entre el 14 de



junio de 2016 al 30 de abril del 2021, las cuales deben pagarse de manera indexada.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** recurrió señalando que, no se ordenó por parte del fallador de primera instancia reconocer intereses moratorios sobre las diferencias pensionales que se generaron, los cuales son precedentes ante el cambio de precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria total teniendo en cuenta que la fórmula aritmética del grupo liquidador de la pasiva se hizo correctamente y se tuvo en cuenta el IBL que le era más favorable; fórmula que además no fue controvertida.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la reliquidación pretendida por la parte actora, conforme al recurso interpuesto por ambas partes y en aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Así las cosas, indica la parte actora que tiene derecho a la reliquidación de su pensión a la luz de lo normado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, siendo más favorable que se liquide su pensión con las cotizaciones de los últimos 10 años; frente a lo cual se opuso COLPENSIONES señalando que la pensión del actor ya fue reliquidada y que se liquidó correctamente.

No se discute en esta instancia, pues fue aceptado por la demandada y se encuentra probado dentro del expediente los siguiente:

- Que al actor se le reconoció por parte de del ISS hoy COLPENSIONES una pensión de vejez mediante la Resolución N° 021794 del 18 de julio de 2005



por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual se dejó en suspenso hasta que se acredite retiro definitivo del servicio oficial, indicándose que se debía liquidar conforme al artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993. (fls. 4 a 6)

- Que mediante Resolución N° 038017 del 18 de noviembre del 2005 el ISS hoy COLPENSIONES ordenó ingresar en nómina al actor a partir del 03 de octubre del 2005 liquidando el IBL conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 85% por contar con 3645 días, lo cual arrojó una mesada inicial de \$1'561.122. (fls. 7 a 8)
- Que mediante la Resolución SUB 225881 del 20 de agosto de 2019 COLPENSIONES reliquidó la pensión del actor por cumplir con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 pero teniendo en cuenta un total de 10.770 días correspondientes a 1538 semanas; pensión liquidada conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con lo cotizado en toda la vida laboral y lo cotizado en los últimos 10 años, según le sea más favorable y con una tasa del 85% conforme lo dispone el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, lo cual arrojó una mesada para el año 2016 de \$2'541.996. Se declaró la prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 14 de junio del 2016. (fls. 10 a 13)

Sea lo primero indicar, que el actor solicita se reliquide su pensión conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con lo cotizado en los últimos 10 años por ser más favorable, con lo cual está de acuerdo el *A quo* y ordenó reliquidar su mesada pensional.

Es necesario precisar, que tanto la parte actora, como Colpensiones y como el Juez están de acuerdo en que la norma aplicable al presente caso es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y que la pensión debe liquidarse con lo cotizado en los últimos 10 años y aplicando una tasa de reemplazo del 85%, y así manifiesta Colpensiones que lo hizo en la Resolución SUB 225881 del 20 de agosto de 2019 con la cual reliquidó la pensión del actor, por tanto, si todos utilizan los mismos parámetros, no es posible que de un valor de mesada diferente, por lo que se procede a revisar las hojas de cálculos con



las cuales se liquidó la pensión del actor, teniendo en cuenta que el promotor del litigio no indica cuál fue el error que cometió Colpensiones en su liquidación.

Al revisar la liquidación efectuada por el fallador de primera instancia, se observa que para liquidar con los últimos 10 años toma todos los IBC que se reportan en la historia laboral por parte de COLPENSIONES desde la última cotización hacia atrás hasta el año 1996, sin embargo, para completar los 10 años toma lo cotizado para el año 1980 y 1981, cuando debía haber tomado lo reportado para el año 1995, por lo que dicha liquidación no puede ser tenida en cuenta pues no se hizo correctamente.

Ahora, al revisar la hoja de cálculo con la cual reliquidó COLPENSIONES la mesada pensional del actor en la Resolución SUB 225881 del 20 de agosto de 2019, se observa que se hizo con lo cotizado en los últimos 10 años, sin embargo, el error está en el IBC que se tomó para noviembre y diciembre de 1995 pues tuvo en cuenta la suma de \$118.934, pese a que en el expediente administrativo que aportó aparecen los formatos CLEBP para bonos pensionales en lo que se reporta como salario base para diciembre de 1995 la suma de \$853.170, por tanto, si hay lugar a reliquidar la pensión del actor.

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidador las cuales se anexa a la presente sentencia se encuentra que el IBL de los últimos 10 años del actor corresponde a la suma de \$1'947.967,³³, al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 85% arroja como mesada inicial para el año 2005 la suma de **\$1'655.722,²³**.

Ahora, teniendo en cuenta que el fallador de primera instancia calculó la mesada pensional del actor para el año 2005 en la suma de **\$1'637.413** suma inferior a la que en esta instancia se liquidó y que no puede hacerse más gravosa la situación de COLPENSIONES quien fue el único que apeló



esté punto¹, se tomará como valor de la primera mesada pensional del actor la liquidada por el *A quo* en la suma de **\$1'637.413** para el año 2005.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que al actor se le reconoció su pensión el 18 de noviembre de 2005 mediante la Resolución N° 038017 (fls. 7 a 8), y que sólo presentó reclamación de reliquidación el 14 de junio de 2019 (fls. 14 a 15) y la demanda la radicó el 01 de octubre del 2019 (fl. 52), es claro que alcanzó a transcurrir el término trienal por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las diferencias causadas con anterioridad al **14 de junio de 2016**.

Es necesario que se deberá revocar el ordinal tercero del fallo para declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, pues pese a que el *A quo* sólo cuantificó las diferencias pensionales desde el **14 de junio de 2016** lo cierto es que omitió declarar probada parcialmente la excepción de prescripción.

Cuantificación del retroactivo de las diferencias pensionales

En este punto es necesario señalar que se equivocó el *A quo* al hacer las operaciones aritméticas como quiera que no tuvo en cuenta que COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 225881 del 20 de agosto de 2019 reliquidó la mesada pensional del actor y pagó unas diferencias pensionales, por lo que se debe realizar nuevamente la liquidación, teniendo en cuenta como mesada el valor obtenido por el fallador de primera instancia como ya se explicó y las sumas pagadas por COLPENSIONES en la reliquidación.

¹ Sentencia CSJ SL 418-2022



Una vez efectuadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al actor por diferencias pensionales al 30 de abril del 2021 (fecha hasta la cual liquidó el fallador de primera instancia) la suma de **\$2'345.228**, por lo que se modificará la sentencia apelada y consultada. Y deberá continuar pagando las diferencias pensionales hasta que sea incluido en nómina con el valor de la mesada aquí reliquidada.

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

Frente a los intereses moratorios conviene precisar que la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia había sido la de sostener que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden solo en el evento en que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando lo que se presenta es un reajuste a las mismas por reconocimiento judicial.

Sin embargo, al efectuar un nuevo estudio de la norma acusada en la sentencia SL 3130-2020 la Corte modificó la anterior posición jurisprudencial y, en su lugar, adoctrinó que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los mentados réditos cuando se trata de reajustes pensionales, pues eso no es lo que se deriva del precepto en estudio, interpretado de manera racional y lógica. Así lo dijo:

“[...] la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.

Ahora bien, la posición que se sienta a través de esta decisión y que se justifica en líneas anteriores merece dos precisiones fundamentales.

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún



apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago».

Por lo anterior, se equivocó el fallador de primera instancia al negar el reconocimiento de los intereses moratorios, por lo que se adicionará la sentencia para CONDENAR a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las diferencias pensionales pendientes de pagar, transcurridos los 4 meses con que contaba para reconocer la prestación reclamada, teniendo en cuenta para el efecto que la primera solicitud elevada para reconocimiento pensional data del 09 de octubre de 2003, fecha en la que el demandante ya acreditaba el cumplimiento de los requisitos para acceder a la misma, es decir, que corren desde el 10 de febrero del 2004.

Sin embargo, como ya se señaló se encuentran prescritas las acreencias causadas con anterioridad al 14 de junio de 2016, por los que los intereses proceden desde que cada una de las diferencias pensionales adeudadas desde el 14 de junio de 2016 se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago y únicamente sobre el valor de las diferencias adeudadas.

Ahora, teniendo en cuenta que conforme lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 974-2020 los intereses moratorios son incompatibles con la indexación, pues con ésta se compensa el efecto



inflacionario que sufre el valor de las mesadas pensionales por el transcurso del tiempo, se revocará la condena impuesta por concepto de indexación.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consulta consultada, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor ALVARO FLOREZ ORDUZ la suma de **\$\$2'345.228** por las diferencias pensionales causadas entre el 14 de junio de 2016 y el 30 de abril de 2021 y deberá continuar pagando las diferencias pensionales hasta que sea incluido en nómina con el valor de la mesada aquí reliquidada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones, conforme a lo aquí expuesto.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor ALVARO FLOREZ ORDUZ los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde que cada una de las diferencias pensionales adeudadas desde el 14 de junio de 2016 se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago y únicamente sobre el valor de las diferencias adeudadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo en lo que tiene que ver con la indexación de las diferencias pensionales adeudadas,



conforme lo ya expuesto.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-00275-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ADALBERTO PULIDO PERDOMO

DEMANDADO: COLOMBIANA DE TEMPORALES S.A. -COLTEMPORA S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

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

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor ADALBERTO PULIDO PERDOMO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que entre el actor y COLTEMPORA S.A. existió un contrato de trabajo desde el 28 de marzo al 30 de junio de 2016, durante el cual prestó sus servicios



como empleado en misión para la sociedad FIDUAGRARIA S.A. desempeñando el cargo de auditor. Como consecuencia, solicita se condene a COLTEMPORA S.A. a pagar al demandante la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que trabajó para la sociedad COLTEMPORA S.A. quien lo vinculó en misión a la sociedad FIDUAGRARIA S.A. mediante contrato de obra o labor para desempeñar el cargo de auditor, con una asignación mensual de \$4'145.558 desde el 28 de marzo al 30 de junio de 2016; que al momento de la terminación laboral no se le hizo entrega de la liquidación de prestaciones sociales, ni vacaciones; que antes de culminar la relación laboral le fue pagada la prima de junio; que al ver que no le realizaban el pago de la liquidación la solicitó a su empleador a través de derecho de petición; que la sociedad COLTEMPORA S.A. al dar respuesta al derecho de petición le indica que para el pago de su liquidación se dispuso a su favor el cheque N° 75678924 del 06 de julio de 2016 pero que éste nunca fue entregado; que sólo hasta el 14 de septiembre de 2017 se le hace entrega del cheque; que solicitó mediante derecho de petición el pago de la indemnización moratoria, sin obtener una respuesta favorable. (fl. 3 reverso).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLTEMPORA S.A.**, aceptó la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma y se opuso a la prosperidad de las demás pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 3, 5, 7 y 10, negó el 2, 6 y 11 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, buena fe e inexistencia de razones para condenar por pago extemporáneo de



prestaciones sociales, prescripción de derechos, compensación y la innominada. (fls. 43 a 59).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor ADALBERTO PULIDO PERDOMO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contemplada en el Art. 65 del C.S.T., conforme a la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del demandante la suma de \$59'557.847 por concepto de sanción moratoria causada entre el 01 de julio de 2016 al 12 de septiembre de 2107.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$2.000.000” (fls. 133 a 134)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no existe controversia en la existencia de una relación laboral entre las partes entre el 28 de marzo y el 30 de junio de 2016, durante la cual devengó la suma de \$4'145.558 mensuales y desempeñó el cargo de auditor como trabajador en misión para Fiduagraria S.A.. Señala que la condena a la indemnización pretendida contemplada en el art. 65 del CST depende de la buena o mala fe del empleador y no es de aplicación automática. Que debe revisarse la conducta desplegada por el empleador moroso. Que el representante legal al absolver su interrogatorio de parte manifestó que los pagos de salario se hacían cada 15 días, pero que la liquidación final se debía pagar mediante cheque por un requerimiento de la empresa usuaria y que por error involuntario en el manejo interno del área financiera se colocó en el sistema que se había cancelado la liquidación al actor, la cual sólo se vino a cancelar hasta el 17 de agosto del 2017, cuando el demandante radicó derecho de petición solicitando el pago de su liquidación, pues en ese momento se percataron del error cometido y procedió de manera inmediata a realizar el pago al actor el cual fue reclamado el 13 de septiembre de 2017. Que el demandante señaló que inicialmente creyó que su ex empleador le había consignado su liquidación de prestaciones sociales, porque en la página de la entidad aparecía registrado que ya se había hecho el pago, pero que al hacer



una revisión minuciosa de sus ingresos se percato que no había ingresado el pago por ese concepto por lo que procedió a radicar derecho de petición ante la entidad. Indica que el actor requirió a la entidad el 17 de agosto de 2017 mediante derecho de petición y que la empresa el 08 de septiembre del 2017 le indicó que el pago estaba a su disposición, que el cheque se había elaborado y no se había reclamado. Que para la fecha de finalización de la relación laboral el empleador dio cumplimiento parcial al expedir el cheque para el pago de la liquidación de prestaciones sociales, pero que no es de recibo que diga que por un error involuntario se tuvo por pagada, primero, porque se observó que el área de contabilidad realizaba reportes de pagos los cuales allegaron al plenario, además del cruce de información con las entidades bancarias y que el empleador está en la obligación de realizar revisiones de manera periódica para efectuar el pago efectivo de las acreencias sobre las que expiden cheques para el pago de liquidaciones, teniendo en cuenta las implicaciones que lleva su no pago y segundo, porque la sociedad demandada cuenta con más de 20 años de experiencia en el envío de personal en misión de forma temporal a diferentes empresas usuarias y que tiene una gran cantidad de trabajadores por lo que se presume que constantemente está realizando liquidaciones y por tanto, conoce la norma, por lo que debió haber consignado al actor el valor de la liquidación. Que no se le puede imputar responsabilidad al actor, pues el actuar del empleador no estuvo revestido de buena fe. Que se debe declarar no probada la excepción de prescripción pues no alcanzó a transcurrir el término trienal.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandado** recurrió señalando que, si bien es cierto resultó probado que el pago de la liquidación final de prestaciones sociales se realizó el 12 de septiembre de 2017 y se hizo efectiva al día siguiente habiendo terminado la relación laboral en junio de 2016, también es cierto y resultado probado que dicho pago tanto para el demandante como para el empleador demandado aparecía en el sistema como obligación ya pagada. Que el actor radicó a la empresa un derecho de petición solicitando el pago de su liquidación un año después de la terminación de su contrato. Que el no pago de la liquidación no fue por mala fe del empleador, ni por una actuación tendiente a hacerle daño



al actor, sino todo lo contrario precisamente por la cantidad de trabajadores que tienen no significa que no puedan incurrir en errores, que no es algo sistemático y que se trató de un error del sistema. Que se desconoció la jurisprudencia de la CSJ pues no se tuvo en cuenta si el actuar del empleador estuvo revestido de buena o mala fe, sino que se castigó el error cometido. Que la buena o mala fe gira en torno a la conducta asumida por el empleador obligado. Que la empresa se dio cuenta del error con el derecho de petición que radicó el actor y de inmediato se procedió a corregir el error y a pagar la liquidación. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., teniendo como punto de inconformidad, la indemnización moratoria a lo cual se condenó por el fallador de primera instancia, pues la demandada insiste en que su actuar estuvo revestido de buena fe y, por tanto, se debe absolver de esta pretensión.

Para resolver, se tiene que en el presente asunto, no ofreció reparo la existencia de la relación laboral del actor a favor de la demandada, a través de contrato de trabajo suscrito en la modalidad de obra o labor contratada que obra a folio 75 a 76 del plenario y que no fue objeto de tacha, del que se desprende que el actor fue contratado para ejercer el cargo de auditor en misión para FIDUAGRARIA S.A. desde el 28 de marzo del 2016 y el cual finalizó el 30 de junio de 2016 conforme la certificación expedida por el Gerente de Recursos Humanos de COLTEMPORA S.A. el 17 de agosto de 2017 visible a folio 10.

Sentado lo anterior, procede analizar la Sala si hay lugar a confirmar la condena por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST. Sobre el particular y como bien lo indicó la juzgadora de instancia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado, entre otras en sentencia SL 3858 de 2020 que para la imposición de esta condena se debe analizar el actuar de la demandada, pues de acreditarse que omitió



caprichosamente el pago de las acreencias laborales causadas a favor del trabajador, se abre paso su imposición, de lo contrario si demuestra que su actuar obedeció a razones atendibles, se exonera de la misma.

La demandada solicita se revoque la condena impuesta por indemnización moratoria, señalando que su actuar no estuvo revestido de mala fe, sino que se trató de un error involuntario, al registrarse en el sistema que ya se había efectuado el pago, pese a que el actor no había reclamado el cheque que se generó en su favor, y que sólo se dieron cuenta con la reclamación que efectuó el actor en el año 2017. Pues bien, al revisar el expediente se encuentra lo siguiente:

(i) La empresa demandada COLTEMPORA S.A. en ningún momento negó la existencia de la relación laboral, ni los extremos de la misma, entre el 28 de marzo y el 30 de junio de 2016, ni tampoco la demora en el pago de la liquidación final del actor, pues así lo aceptó desde la contestación de la demandada y aportó las pruebas para corroborar su dicho, como fue el contrato de trabajo. (fls. 75 a 76)

(ii) Se observa que durante la relación laboral la empresa COLTEMPORA S.A. cumplió con todas sus obligaciones laborales frente al actor, como se observa en las planillas de pago de aportes a seguridad social (fls. 77 a 79) y los comprobantes de nómina (fl. 80 y 82 a 86)

(iii) Aparece cheque en favor del actor elaborado por la empresa COLTEMPORA S.A. el 06 de julio de 2016 por la suma de \$1'562.778 para el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, así como la liquidación efectuada por el empleador el 05 de julio de 2016 y la constancia de los cheques manuales de nómina elaborados el 06 de julio del 2016 entre los que se encuentra el del actor (fl. 89 y 94)

(iv) Se allegó escrito del actor dirigido a COLTEMPORA S.A. el 17 de agosto del 2017 por medio del cual le solicita el pago de la liquidación de prestaciones y los correspondientes intereses moratorios (fl. 98); frente a la cual la empresa el 08 de septiembre de 2017 le dio respuesta aceptando el



error, señalando que están realizando la investigación interna para determinar porque en el sistema aparecía la liquidación ya pagada, cuando no se le efectuó el pago, y le indicaron que podía acercarse a las instalaciones de la empresa a recibir su pago (fl. 100 a 101)

(v) Aparece certificación del Gerente Financiero de COLTEMPORA S.A. del 12 de febrero de 2019, en la que señaló *“certifico que las prestaciones sociales del señor PULIDO PERDOMO ADALBERTO identificado con cédula de ciudadanía N° 18.262.962 se giraron con cheque N° 75678924 del Banco Popular cta. Cte. 150214450 por valor \$1.562.778.00 el día 06 de julio de 2016. El señor Perdomo se presentó a reclamarlo el día 11 de septiembre de 2017 y el cheque ya había caducado por fecha, por tal motivo se anuló y se generó uno nuevo por la misma cuantía y por el Banco Davivienda cheque N° 58937-1 fecha 11 de septiembre de 2017. El cual fue reclamado el día 13 de Septiembre de 2017”*. (fl. 107)

(vi) Extracto de Davivienda de septiembre 2017 de la cuenta corriente de COLTEMPORA S.A. donde se evidencia que el cheque por valor de \$1'562.778 fue pagado por ventanilla el 13 de septiembre de 2017 (fl. 81)

De las actuaciones reseñadas, contrario a lo señalado por el demandante en sus alegatos, no se evidencia que el actuar del empleador este revestido de mala fe como lo exige la jurisprudencia de la CSJ, la cual ha sido insistente al señalar que se debe evaluar la conducta del empleador, pues la indemnización moratoria no es de aplicación automática, en este caso, tal y como lo sostiene la demandada, si bien la liquidación de prestaciones sociales no fue pagada a la terminación del contrato, lo cierto es, que no se trató de un capricho del empleador, sino de un error en el trámite para su pago, pues se evidencia que realizó a la terminación del contrato la liquidación del actor y generó el cheque para su pago, sin embargo, por un error de digitación en el sistema aparecía que ya se había efectuado el pago, como si el actor ya hubiese reclamado y cobrado el cheque y teniendo en cuenta que una vez el actor presentó reclamación en el año 2017, la empresa pese a estar en el sistema que ya se había efectuado el pago realizó todas las gestiones tendientes a verificar que efectivamente se hubiere realizado encontrando que se había cometido un error y que de manera inmediata



procedió a dar respuesta al derecho de petición informando al actor que podía acercarse a las instalaciones de la empresa a retirar el cheque para el pago de su liquidación. Y además, se observa que la empresa en ningún momento negó la existencia de la relación laboral, ni el pago tardío de la liquidación del actor, es claro que no se evidencia que su actuar estuviese revestido de mala fe, sino que se trató de un error el cual difícilmente podía percatarse, pues el error estuvo al digitar en el sistema con que cuenta la empresa. Es más, el demandante confiesa que él vio en el sistema que aparecía que ya se había efectuado el pago y si él como trabajador no tenía certeza si había o no recibido el pago, pues señala que por error pensó que ya se le había efectuado el pago, con mayor razón la empresa pudo haber incurrido en un error, pues no maneja un solo trabajador sino miles como lo dijo la falladora de primera instancia.

Por tanto, al no encontrarse que el actuar de la demandada haya estado revestido de mala fe no hay lugar a imponer condena por indemnización moratoria, por lo que se revocara la condena impuesta para en su lugar absolver a la demandada del pago de la sanción moratoria.

Ahora, teniendo en cuenta que entre las pretensiones se solicitó la indexación de las sumas adeudadas, y teniendo en cuenta la evidente devaluación monetaria, se ordenará que se pague la indexación sobre el valor de la liquidación que correspondía a la suma de \$1'562.778 desde el día siguiente a la terminación del contrato, esto es, 01 de julio de 2016 al 13 de septiembre de 2017 fecha en que se efectuó el pago.

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al actor por concepto de indexación la suma de **\$63.835¹**. Por tanto, se declarará probada parcialmente la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir y probada la de buena fe.

Sin costas en esta instancia.

¹ Se adjunta liquidación.



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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** a COLTEMPORA S.A. a reconocer y pagar al señor ADALBERTO PULIDO PERDOMO la suma de **\$63.835** por concepto de indexación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir y probada la de buena fe, conforme a lo aquí expuesto.

TERCERO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-528-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ MILA DÍAZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de mayo de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LUZ MILA DÍAZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que nunca se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

trasladó del RPM al RAIS, permaneciendo siempre afiliada en el primero, que se ordene a Colpensiones tenerla como afiliada a dicho régimen y a Protección S.A., trasladar la totalidad de aportes por ella efectuados, junto con intereses, rendimientos, valor del bono pensional y gastos de administración debidamente indexados.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 2 de mayo de 1963 e inició su vida laboral cotizando para los riesgos de IVM al entonces ISS, que un asesor de Protección S.A., se acercó y le brindó una charla superflua de los fondos privados como administradores del RAIS, por lo que sin la debida información se trasladó a dicha AFP y en aras de retornar al RPM presentó varias solicitudes, pero fueron respondidas negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 2 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó no constarle el No. 2 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del SGP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara 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 devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y PRESCRIPCIÓN* propuestas por las demandadas, en la forma indicada en la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora *LUZ MILA DÍAZ* identificada con la C.C. 20.483.295, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- *RAIS*, administrado por *COLMENA* hoy *PROTECCIÓN S.A.*, fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora *DÍAZ* se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *COLPENSIONES*, y que esta entidad tiene la obligación de validar la vinculación de la demandante, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR A PROTECCIÓN S.A., trasladar a *COLPENSIONES* la totalidad de los dineros, que conformen la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como sumas adicionales de aseguradoras, cotizaciones, bonos pensionales, todo con sus intereses, sin autorizar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad, de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR A COLPENSIONES, recibir ese traslado de dineros a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a *COLPENSIONES* y *PROTECCIÓN S.S.A.*, por las razones expuestas. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$ 900.000 M/Cte., que se deberán liquidar por Secretaría una vez en firme esta sentencia.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se acreditaba que la demandante se había afiliado al ISS, de ello daba cuenta la historia laboral y de igual forma su traslado al RAIS a través de Colmena que tuvo lugar el 1 de septiembre de 1999, el que se hiciera efectivo en noviembre de dicha anualidad, que Colmena se había fusionado con Protección S.A., en el año 2012, encontrándose la demandante vinculada a esta última; resaltó que en cuanto al retorno al RPM a numerosas acciones de tutela habían acudido los ciudadanos a fin de lograr dicho retorno en cualquier tiempo, por lo que la Corte Constitucional expidió las sentencias C 789 de 2002 y C 1024 de 2004 a través de las cuales fijó las reglas para permitir ese retorno automático al entonces ISS y en la sentencia SU 130 de 2013 la Corte indicó que solo las personas beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, esto es, que contaran con 15 años de servicios para esa fecha cualquier podrían retornar a cualquier



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tiempo al RPM, planteándose además la necesidad de trasladar la totalidad de los aportes que tuviese depositados en la CAI junto con rendimientos para efectos de garantizar de esa manera la solvencia económica del sistema señalando en todo caso la necesidad de que esos aportes representaban como mínimo el valor que esté representado en caso de que el demandante nunca hubiese dejado el RPM. Indicó que las pretensiones del demandante era retornar al RPM como consecuencia de la falta de información por parte de Colmena SA., por esa razón el análisis inicial se centraba establecer si la demandante indicada en alguna de esas posibilidades o previsiones que dijo la Corte Constitucional para permitirles el retorno automático, advirtiéndose que esta no encajaba dentro de tales supuestos pues a 1 de 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados, ya que había empezado a cotizar para el año 1995.

Por lo anterior indicó que la única alternativa posible que le quedaba para estudiar sus pretensiones era determinar si había tenido lugar la falta de información clara, completa, suficiente oportuna acerca de las implicaciones y consecuencias de ese cambio de régimen alegada; respecto de lo cual se debía advertir que la carga probatoria acerca del cumplimiento del deber de información se encontraba a cargo de la administradora pensional que promovió dicho traslado y en el formulario que daba cuenta de tal acto visible a folio 96, se consignó el de una información de carácter general respecto del afiliado, datos como nombres, apellidos, números de contacto y dirección, sin haber dejado plasmada alguna característica particular del demandante en cuanto a su situación pensional como tampoco una constancia de que se le había advertido acerca de la conveniencia de permanecer en esa entidad, tal documental no permitía establecer que al demandante le hubiera quedado claro las características del RAIS, concluyéndose un suministro de información general sin tocar aspectos de índole técnico relacionados con los requisitos y las condiciones para acceder a una pensión en dicho régimen, ni respecto de las distintas modalidades de pensión ese régimen, ni tampoco en cuanto a la conveniencia o no efectuar aportes voluntarios para aspirar a una pensión anticipada, lo que permitía concluir que la labor del asesor de la AFP en mención, se limitó a diligenciar un formulario técnico de carácter



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

comercial, siendo claro que a la demandante no se le ilustró por lo acerca de las diferencias sustanciales que presentaban cada uno de los regímenes pensionales.

Que el legislador había señalado un sistema dual a través de la Ley 100 de 1993, el RPM y el RAIS por lo que resultaba de vital importancia informar al afiliado las diferencias sustanciales de tales regímenes, ya que era disímiles en cuanto a la forma de financiación de las prestaciones del sistema, máxime cuando estaba en la ley a través de la cual se reformó el sistema financiero y que consagró los principios de información al consumidor financiero, consagrándose como tal, los de transparencia e información cierta suficiente y oportuna, obligación que estaba prevista desde la creación de las AFP, por lo que acogiendo la tesis de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de señalar que la carga probatoria necesariamente del deber de información incumbe a la AFP, no había prueba del cumplimiento del mismo ya que la demandada nada informaba en ese punto y del interrogatorio absuelto por la demandante, se podía establecer que no conoció, no se enteró respecto de cuáles eran las condiciones y los requisitos para acceder a una pensión en el RAIS, no tiene conocimiento siquiera de cuál es el monto que debe reunir para acceder a una pensión, siendo claro que se omitió suministrar esa información por parte de Colmena S.A., falta de información que conforme ha señalado la Corporación de cierre de esta jurisdicción, deriva en una ineficacia o en una falta de validez del traslado al RAIS, ya que no se aportó convencimiento acerca del cumplimiento de ese deber de información, no quedando otra alternativa que declarar ineficaz el acto de afiliación de la actora, debiendo ordenar a Protección S.A., el traslado de todos los aportes realizados por la demandante, rendimientos, bonos pensionales, sin efectuar descuento alguno ni por gastos de administración, debiendo Colpensiones aceptar tales recursos y actualizar la historia laboral de la demandante, teniendo a la demandante como afiliada sin solución de continuidad.

Afirmó en cuanto a la excepción de prescripción que o salía avante por cuanto el derecho pensional se encontraba en etapa de conformarse, no pudiendo ser extinguido por el paso del tiempo.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó el traslado de la demandante al RAIS, fue realizado por esta con plena voluntad y conocimiento de las características de dicho régimen, aunado a ello, su traslado se había ratificado por la permanencia y cotizaciones realizadas en ese régimen por más de 15 años y la demandante también tenía obligaciones frente al sistema pensional que había elegido, conforme lo dispuesto en el Decreto 2241 del 2010, que prevé los deberes de los consumidores financieros, debiéndose tener en cuenta el problema que genera el retorno de la demandante al RAIS, ya que pretende acceder a una prestación del RPM que afecta la capacidad financiera de este régimen.

Indicó que el interrogatorio de la demandante había sido evasivo y con él no se podía determinar que el asesor del RAIS no le había suministrado la información requerida al efecto y ella había señalado conocer de algunas de las características del RAIS. Solicitó por último ser exonerada de la condena en costas como quiera que no tuvo injerencia en el traslado de la demandante al RAIS.

Por su parte, **Protección S.A.** que no era procedente el traslado de gastos de administración y primas de seguro previsional, pues se había demostrado en el plenario que esa AFP realizó una excelente administración de la cuenta de la demandante, lo que se ve reflejado en esta con los rendimientos generados que superan los aportes incluso en más del doble; además, por que dicha orden de traslado era castigar a esa entidad por la correcta administración que realizó de los aportes de la actora y ello generaría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, ya que las cuotas del administración y de seguro previsional tienen naturaleza completamente diferente a la naturaleza de la pensión por lo que podrían verse afectadas inclusive del fenómeno de prescripción y en relación con el seguro previsional, tal y como su nombre lo dice se trata de un seguro el cual es contratado con un tercero que es la aseguradora y durante la afiliación de la actora al RAIS, se han mantenido vigente las pólizas pagando mes a mes para que la demandante esté cubierta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

en los riesgos de invalidez y muerte y el funcionamiento de dichos seguros no está supeditado a la ocurrencia del siniestro y de no ocurrir no puede ser de recibo que se deba devolver lo pagado por estos seguros y no se había demostrado la ocurrencia de perjuicio alguno a la demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora LUZ MILA DÍAZ, se circunscribe a la invalidez de la afiliación que realizara con Protección S.A. a través de formulario suscrito con la entonces AFP Colmena el 19 de octubre 1999, como se verifica de copia del mismo, allegada por esta última en expediente digital.

En este orden, se tiene que como quiera que se alega la falta al deber de información en el acto de afiliación por parte de la AFP, dicha circunstancia impone como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y como acertadamente lo señaló el juzgador de primer grado, que lo pretendido, se estudia bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Es así como dicho deber de información ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

Conforme a lo señalado en precedencia, no es de recibo que del dicho de la demandante en interrogatorio de parte como asevera Colpensiones en su recurso que se deba determinar si recibió o no el deber de información, ya que tal carga probatoria se itera, le corresponde a la AFP esto es a Protección



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

S.A.; y si bien como lo manifiesta la recurrente la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a la afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, el que no se convalida por la permanencia del afiliado en el RAIS, pues ante la omisión bajo estudio, dicho traslado no puede tener efectos.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Luz Mila, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la entonces Colmena hoy Protección S.A., administradora a la que se afilió la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, no pudiéndose afirmar como lo indica la recurrente Colpensiones en recurso y alegaciones que el traslado de la señor Luz Mila, haya sido libre y voluntario, pues se itera, dicho acto no puede tener tal connotación cuando la actora no conocía las incidencias reales del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

Ahora bien, del dicho de la demandante en interrogatorio de parte, no se puede derivar confesión alguna, pues el hecho de que haya señalado conocer algunas de las características del RAIS, no permite concluir que conocía



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

todas las incidencias de su traslado, circunstancia que se itera, no quedó probada en el plenario.

De otra parte, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, ya que como se señaló, lo peticionado se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** escenario en el cual, no se requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Tampoco sale avante el argumento de Protección esbozado en su recurso respecto del traslado de los gastos de administración y demás emolumentos ordenados en sentencia, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso y alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen peticionado,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Así las cosas y contrario a lo indicado por Colpensiones en sus alegaciones al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

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

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

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

RESUELVE:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900528-01 Dte: LUZ MILA DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-201-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: OMAR PÁEZ JAIMES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Provenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de abril de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor ÓMAR BENÍTEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Provenir S.A., omitió el deber de asesoría clara, precisa y real cuando promovió su traslado al régimen que administra el 30 de enero de 2001, solicita se declare la nulidad de dicho traslado y como consecuencia de tales declaraciones se condene a Provenir S.A., a trasladar los aportes por él realizados en dicho fondo junto con rendimientos y a Colpensiones a aceptar dicho traslado. (fls. 4 a 8).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al RPM administrado por el entonces ISS, que posteriormente Porvenir S.A., sin mediar asesoría alguna y en un trámite en masa, logró su firma en un formulario de afiliación a dicho fondo el 30 de enero de 2001, que dicho formulario fue diligenciado exclusivamente por el asesor de dicha AFP, quien no le indicó las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional ni le presentó proyección alguna que le permitiera determinar qué régimen le era más favorable a su situación pensional, sino que simplemente el asesor se limitó a indicarle que el ISS iba a desaparecer, por lo que logró viciar su consentimiento, generándole perjuicios en su situación pensional. (fls. 4 y 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el No. 9, manifestó no constarle el No. 1 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 86)

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el hecho contenido en numeral 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 196)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor OMAR BENITO PÁEZ, del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A., realizado el 30 de enero de 2001.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante al RPM desde el 16 de octubre de 1991 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en dicho régimen.

TERCERO: CONDENAR a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado describiendo en primer lugar las premisas normativas y jurisprudenciales en que fundaría su decisión. Señaló que no había sido objeto de reparo que el demandante se encontraba afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el 16 de octubre de 1991 al 31 de marzo del 2000, que nació el 3 de abril de 1958 y el 30 de enero de 2001 solicitó su traslado a la AFP Horizonte hoy Porvenir como constaba en formulario de afiliación, encontrándose afiliado a dicho fondo, que había absuelto el demandante interrogatorio de parte, en el cual indicó los empleadores por medio de los cuales había cotizado al sistema y que su traslado lo hizo de manera voluntaria y sin presión, que ignoraba el valor de su mesada pensional, porque no había sido informado al respecto y que sentía descontento con el valor de pensión que recibiría de Porvenir luego de que se le hiciera una proyección pensional, indicando igualmente que al momento del traslado los asesores de Horizonte le señalaron que tendría mejores condiciones pensionales y que el ISS se iba a acabar, que nunca leyó el formulario, que tal asesoría no duró más de 5 minutos y por ello firmó dicho formulario, que tampoco conoció respecto de la prohibición que tenía de retornar al RPM.

Señaló que como se alegaba la falta de información en el acto de traslado de régimen, se debía estudiar lo pretendido a la luz de la ineficacia de este acto y no de la nulidad como se peticionaba, que conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, a la AFP le correspondía brindar a sus afiliados una información, clara, cierta y comprensible que le permitiera a este tomar una decisión informada de las distintas opciones del mercado para escoger la mejor que se ajuste su situación, lo que implicaba una información acerca de las ventajas de su traslado como las desventajas, ya que de ello dependía el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

aseguramiento de los riesgos de IVM y la afirmación de no haber recibido tal información, correspondía a un supuesto negativo indefinido, por lo que se encontraba a cargo de la AFP demostrar lo contrario, esto es, el adecuado suministro de dicha información.

Que igualmente el cumplimiento de tal obligación, no dependía de si el afiliado era beneficiario o no del régimen de transición, por cuanto la misma surgía de cara a todos los afiliados del sistema; y la documentación soporte de los traslados, debía conservarla las AFP en sus archivos; al respecto la AFP Porvenir en su escrito de contestación había indicado que la afiliación había sido libre y voluntaria, no obstante, no había allegado prueba alguna que permitiera determinar cuáles fueron los términos en que se realizó el traslado del demandante ni menos si este fue precedido de la información en los términos antes señalados, por lo que había lugar a concluir que para el caso del actor, no se había cumplido con dicho deber legal, ya que según la manifestación del actor, esta se limitó a indicarle que el ISS se iba a acabar y no le fue informado respecto de los plazos para permanecer en uno u otro régimen, ni de las ventajas y desventajas de ellos, ni menos de las características de ambos regímenes.

Indicó que si bien el traslado del demandante había tenido lugar en el año 2001, data para cual, no se había decantado en su totalidad el tema de la doble asesoría, lo cierto era que las AFP tenían la obligación de suministrar toda la información en los términos señalados desde que fueron creadas por intermedio de la Ley 100 de 1993, como lo señalaba la línea jurisprudencial al respecto proferida por la Sala de Casación Laboral, habiendo lugar a declarar ineficaz el acto del traslado del actor ante la falta de suministro de información por parte de la AFP Porvenir, para declarar como aseguradora del demandante a Colpensiones desde la fecha de su afiliación a esta como si nunca se hubiera trasladado; ordenando a la primera AFP trasladar a Colpensiones todos los dineros recibidos con ocasión de la afiliación del actor, sin efectuar descuento por concepto de gastos de administración.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Respecto de la excepción de prescripción señaló que la acción de ineficacia era imprescriptible y formaba parte del derecho fundamental a la seguridad social, el que no se extinguía con el paso del tiempo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que el traslado del demandante al RAIS, se había realizado de manera libre y voluntaria, ya que así lo expresó en diligencia de interrogatorio de parte y así quedó consagrado en el formulario de afiliación, decisión que fue consciente pues además de tener una multiplicidad de oportunidades para retornar al RPM y no hacerlo, decidió continuar en el RAIS en razón de las características propias que este le ofrecía, aunado a ello, esa AFP no debía brindar una asesoría al demandante que le proporcionara información acerca del RPM así como un paralelo entre ambos regímenes toda vez que para el momento en que se trasladó este, era aplicable Decreto 663 de 1993 por lo que no era de recibo exigirle a esa AFP ningún tipo de buen consejo, comparación pensional así como proyecciones o cualquier otro tipo de obligación que no se encontraba vigente al momento del traslado, ya que según el artículo 1503 del Código Civil el demandante contaba con plenas capacidades para efectuar la afiliación y por ello resulta completamente legal y goza de completa validez y como consumidor financiero debía actuar con una mediana diligencia, lo que supone por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que realiza, ya que tales cuestiones están claramente determinadas en las normas legales vigentes y son de común conocimiento.

Señaló que la inconformidad del demandante con el RAIS sólo recaía con el monto de la mesada pensional, factor que no se podía considerar como suficiente para viciar la voluntad del demandante al momento de trasladarse al RAIS pues las prestaciones que se reconocen en ambos regímenes no eran comparables, ya que si bien la finalidad de estas en ambos casos era garantizar el amparo de las contingencias de IVM, el RPM por mandato legal posee características y requisitos completamente diferentes al RAIS, en esta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

medida no resulta el procedente declarar la ineficacia ya que no existen razones jurídicas o fácticas suficientes para declarar la misma.

Solicitó que de confirmarse la decisión de ineficacia, se absuelva de efectuar el traslado de los gastos de administración, ya que estas sumas correspondían a una destinación específica por mandato legal, el que ya había sido cumplido por la AFP pues esos dineros fueron debidamente invertidos en la forma en la que exigen las leyes y no se encuentran ya en poder de esa AFP como quiera que se destinaron a cubrir todos los gastos que involucran una correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente en lo que respecta al manejo de las inversiones para obtener este incremento rentabilidad de los recursos y cuyos rendimientos fueron reconocidos el accionante y dichos gastos de son aplicables tanto en el RPM como en el RAIS razón por la cual, no había lugar al traslado de los mismos.

Colpensiones, indicó que para la época del traslado del actor, la normatividad aplicable al traslado del actor era la Ley 100 de 1993, por virtud de la cual, el traslado de régimen se perfeccionaba únicamente con la aceptación espontánea libre y expresada en el formulario de afiliación de trasladarse de régimen, asimismo para dicha data no se habían proferido los Decretos 1748 del 2014 y 2071 en 2015, por lo que el cumplimiento de las obligaciones de la AFP debían ser valoradas conforme la normatividad vigente para la fecha de suscripción de este formulario por el actor, ya que no era válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente para la época del traslado, lo que afectaría el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consistían solamente en las posibilidades de defenderse o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige que se apliquen las normas vigentes al acto demandado.

Indicó que Colpensiones no había tenido injerencia en el acto de traslado y aún así resultaba afectada con la decisión al no haberse tenido en cuenta el principio de relatividad jurídica en torno a que esa entidad es un tercero en el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

asunto que se debate y los actos jurídicos tienen efectos Inter partes y las consecuencias que se deriven de ese acto, solo deben repercutir en las partes involucradas por lo cual, Colpensiones no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por este contrato de afiliación suscrito entre la AFP y el demandante; indicó que respecto a lo manifestado en la decisión en cuanto a la carga de la prueba, hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento del afiliado respecto al traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y el 2016 no exigían nada diferente al formulario donde constaba la plena intención del afiliado de pertenecer al RAIS, por ello, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época es imposible.

Señaló que la permanencia del actor por más 19 años en el RAIS afectaba considerablemente el principio de sostenibilidad financiera del RPM, conforme lo previsto en artículo 48 de la Constitución Política, teniendo en cuenta la prohibición expresa de que trata la Ley 100 de 1993, de no poderse trasladar de régimen cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión, la que no es capricho, pues el principal propósito de esa norma fue proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones paga las prestaciones propias del régimen que administra y así no generar ningún desequilibrio patrimonial, debiéndose tener en cuenta que los recursos tienen que recibe esa administradora debido a las ineficacias de traslado, no resultan suficientes para cubrir las prestaciones de esos afiliados.

Indicó por último que de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se mantuviera la condena impuesta a la AFP, en cuanto a reintegrar todos los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación del actor como cotizaciones, rendimientos bonos pensionales, primas de seguros, cuotas de administración y en general todos los aportes efectuados por el accionante y se supedite el cumplimiento por su parte de la sentencia al traslado de los aportes en mención.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor OMAR PÁEZ JAIMES, se circunscribe a la invalidez de la afiliación que realizara con Porvenir S.A. a través de formulario suscrito con esa AFP el 30 de enero 2001, como se verifica de copia del mismo, allegada a folios 9 y 106 por la parte demandante y la demandada en mención.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de afiliación, lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información, dicha circunstancia impone como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y como acertadamente lo señaló la juzgadora de primer grado, que lo pretendido, se estudie bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Es así como dicho deber de información ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Ómar Páez Jaimes, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2001; por lo que se debe dar por demostrado que Porvenir S.A., administradora a la que se afilió el actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, no pudiéndose afirmar como lo indica la recurrente Porvenir S.A. en recurso y alegaciones que el traslado del señor



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Omar Páez, haya sido libre y voluntario, pues se itera, dicho acto no puede tener tal connotación cuando el actor no conocía las incidencias reales del mismo, pues de conocerlas seguramente hubiese podido retornar al RPM antes de quedar inmerso en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, no obstante como lo pone de presente esta AFP, no llevó a cabo tal acción de regreso al RPM, pues como él mismo lo indicó en diligencia de interrogatorio de parte, conoció de las verdaderas implicaciones de su traslado de régimen cuando no podía retornar al RPM.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por las entidades recurrentes, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información al señor Omar, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió y si bien como acertadamente lo afirma Colpensiones, para la época del traslado del actor, no existía el deber del buen consejo ni tampoco el de elaborar proyecciones pensionales, sí se debía informar a este de los pormenores de su traslado en los términos antes citados, no obstante, ninguna prueba se allegó al efecto.

Ahora y si bien como lo indica la recurrente Porvenir S.A., era deber del afiliado informarse respecto de su situación pensional, lo cierto es que tal deber de información como se señaló en precedencia recaía de manera



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

primigenia en la administradora pensional que promovió su traslado al RAIS, como lo ha reiterado tantas veces el desarrollo jurisprudencial al respecto, dado su experticia para conocer y determinar las implicaciones de un traslado de régimen pensional y si bien se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 100 de 1993, lo cierto es que nada impide al actor adelantar esta acción judicial tendiente a la declaratoria de la ineficacia de su traslado por la inobservancia del deber de información.

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

Tampoco sale avante el argumento de Porvenir S.A. esbozado en su recurso y alegaciones respecto del traslado de los gastos de administración y demás emolumentos ordenados en sentencia, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso y según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, recursos que una vez trasladados entrarán a formar parte del fondo común que administra, lo que determina que no se incurre en el desequilibrio financiero alegado.

Así las cosas y contrario a lo indicado por las recurrentes, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2001**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

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

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

R E S U E L V E:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900201-01 Dte: OMAR BENITO PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

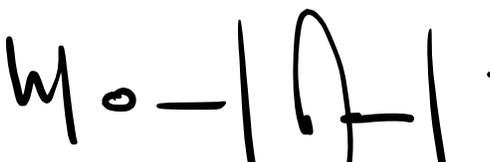
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2019-050-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DAVID REY

DEMANDADO: PALMAS MONTERREY S.A. Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PALMAS MONTERREY S.A., revisa la Corporación el fallo proferido el 17 de marzo de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas por parte de las demandadas Palmas Monterrey S.A., y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor DAVID REY, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre él y Palmas Monterrey S.A. existió un contrato de trabajo, que dicha sociedad no realizó aportes pensionales a su favor entre el 2 de noviembre de 1978 al 19 de mayo de 1986; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Colpensiones a realizar cálculo actuarial por el periodo en comento, condenando a Palmas Monterrey S.A., a pagar el mismo una vez elaborado. (fl. 2).

Fundamentó sus pretensiones afirmando que entre él y la demandada PALMAS MONTERREY S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido el que inició el 2 de noviembre de 1978, que se afilió al sistema pensional el 20 de mayo de 1986 y dicha relación contractual, culminó el 10 de julio de 2002, que la sociedad en comentó no realizó los aportes con destino al sistema pensional a su favor entre el 2 de noviembre de 1978 al 19 de mayo de 1986, por lo que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones en 2018 para la elaboración de dicho cálculo, el que no fue realizado por dicha entidad. (fl. 19).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada Colpensiones, contestó manifestando no oponerse ni allanarse a las pretensiones, manifestó no constarle ninguno de los hechos. Propuso la excepción de prescripción. (fl. 50 y 196)

La demandada Palmas Monterrey S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 y 3, manifestó no el No. 7 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, pago, prescripción y buena fe. (fl. 58)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Palmas Monterrey S.A., a gestionar y cancelar ante Colpensiones como entidad reconocedora de la pensión del señor David Rey, el cálculo actuarial del periodo laborado por este y no cotizado por el interregno comprendido entre el 2 de noviembre de 1978 al 19 de mayo de 1986, teniendo como IBC un salario mínimo legal vigente para cada anualidad.

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones realizar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 1978 al 19 de mayo de 1986, a favor del señor David Rey, teniendo como IBC el correspondiente al salario mínimo legal vigente para cada anualidad.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción (...). (fl.212).

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

Lo primero que se debe señalar es que en cuanto a la existencia del contrato de trabajo no fue objeto de discusión que entre el señor David Rey y Palmas Monterrey S.A existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 02/11/1978 al 10 de julio del año 2002 pues la demandada así lo aceptó en respuesta al hecho primero del libelo introductor y ello se corrobora con el contrato de trabajo que aparece del Folio 69 al 71, la liquidación final de prestaciones sociales a folio 72 y la certificación que figura a folio 5 del expediente, así las cosas bajo esos presupuestos procede resolver el despacho las súplicas de la demanda debiendo verificar lo relativo a los aportes pensionales por los tiempos de servicios prestados en lugares o industrias en los que no había cobertura del Instituto de Seguros Sociales, en cuanto al pago de los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones la demandada Palmas Monterrey manifestó que para el periodo comprendido entre el 02/11/1978 al 19 mayo 1986 no existía la obligación de cotizar para pensión de sus trabajadores y que en el municipio de Puerto Wilches tal obligación empezó hasta el año 1987 por lo tanto la afiliación al sistema de Seguridad Social en pensiones comenzó el 20/05/1986 tal y como consta en el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedida por Colpensiones actualizado al 12 de septiembre de 2018.

Siendo ello así lo primero que debe señalar el juzgado es que la obligación de cotizar para las empresas frente a sus trabajadores al Instituto de seguros sociales no fue de manera inmediata sino que inició de manera gradual en la medida que ese Instituto fue extendiendo su cobertura en el territorio nacional y a diferentes industrias; sin embargo esa situación no releva al empleador de la obligación pensional frente a sus trabajadores pues la ley 90 de 1946 estatuyó el Seguro Social obligatorio para los trabajadores normatividad que expuso en el artículo 76, que los empleadores estarían a cargo de la pensión hasta que esa entidad asumiera tal obligación, así mismo señala esta normatividad en su artículo 72 que las prestaciones reguladas por esa norma que se venían causando en virtud de las disposiciones anteriores a cargo de los patrones se seguirían rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el Seguro Social las fuere asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para el caso, desde esa fecha empezaron a hacerse efectivos los servicios establecidos y dejarían de aplicarse esas disposiciones. Así las cosas sobre este aspecto también se ha pronunciado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y pacífica mediante diferentes decisiones a través de las cuales se ha impuesto la obligación a las empresas que no fueron llamadas por el Instituto de seguros sociales a la afiliación obligatoria a reconocer cálculo actuarial representado en un bono o título pensional por los tiempos prestados o los servicios prestados por sus trabajadores en cobertura del Instituto de Seguridad social, en efecto a partir de la sentencia SL 9856 de 2014 la Corte señaló que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de Seguridad Social incluso debido a la falta de cobertura debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores; sentencias SL 5792 de 2014, 4072 de 2017, SL 4215 de 2017 máxime cuando se trata del periodo sin que aquellos aunque aquellas obligaciones estaban a cargo del empleador, para ellos se puede consultar la sentencia SL 17300 del 2014, 4072 del 2017, 10122 de 2017, 5541 de 2018, 3547 de 2018; asimismo la Corte manifestó que por tanto los empleadores debían asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez toda vez que el empleador es quien debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó sus servicios cancelando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas por cuánto el trabajador tiene derecho a que los tiempos laborados como trabajador subordinado sean incluidos para efectos de la determinación de un derecho pensional así lo estableció el literal C del artículo 33 de la ley 100 del 93 al señalar que para el cómputo de semanas se debe tener en cuenta el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 del 93 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, es así que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 220 -2021 en la que reiteró el fallo del año 2014 respecto a este aspecto explicó lo siguiente; “al respecto vale la pena recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación está en cabeza de los empleadores antes de la creación del Instituto de seguros sociales por ello cuando la ley 90 al 46 estatuyó el Seguro Social obligatorio dispuso en sus artículos 72 y 76 que esa entidad asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciarán su cobertura para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela al instituto en tal momento para efectos de reconocimiento del derecho pensional”. De modo que la carga pensional de jubilación continuó bajo la responsabilidad de los empleadores aun cuando no hubiere presencia del ISS en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de la industria deber que se

mantuvo con la expedición del código sustantivo del trabajo toda vez que así se contemplan en los artículos 259,260 de dicho Estatuto.

Descendiendo el caso de estudio dentro del presente proceso no existe el documento del que pueda inferirse que fue hasta el año 1987 que el ISS empezó cobertura en el municipio de Puerto Wilches, sin embargo acercándose a dicha situación debe tenerse en cuenta que la doctrina probable ha indicado que con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 los empleadores tenía la obligación de realizar los aportes a pensiones por aquellos periodos durante los cuales el Instituto de seguros sociales no tuvo cobertura en el lugar de prestación de servicios es así que ha indicado la jurisprudencia que esos aportes que se deben realizar mediante cálculo actuarial a la entidad de Seguridad Social en la que se encuentre vinculado el trabajador con la finalidad de cubrir esos periodos no cotizados, integrar el capital que se requiera para el reconocimiento de la pensión de vejez, es decir que su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que con anterioridad asumía el empleador, ahora también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y respecto a la demandada ha indicado que el cálculo actuarial no procede únicamente si el tiempo de no afiliación ayuda para el reconocimiento pensional conforme, sino que en el caso que dicho tiempo no alcance a pensionarse puede continuar el trabajador haciendo aportes al sistema.

En cuanto a la manifestación de la empresa demandada que en caso de una eventual condena debe recaer sobre el 75% del aporte que le correspondía al empleador porque el 25% le corresponde al trabajador; no resulta atendible esa petición por cuanto antes de que el ISS subrogara la obligación pensional era responsabilidad del empleador el reconocimiento del derecho pensional en el 100% sin que el trabajador tuviera que concurrir en dicha obligación, por ello las cotizaciones de los aportes de los periodos anteriores a la cobertura por parte del ISS le correspondía la totalidad al empleador, sobre este aspecto se puede consultar la sentencia SL 584 del 8 julio 2020 en la que la Corte al respecto explicó la razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo de ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre el ex trabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales tal y como lo pretende el recurrente, además el parágrafo 1 del artículo 33 de la ley 100 del 93 establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual el empleador o la caja deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente representada a través de un bono a título pensional sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador, atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto es claro para el despacho la obligación que tiene la demandada Palmas Monterrey de pagar el cálculo actuarial conforme lo establezca la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones durante el periodo comprendido entre el 02/11/1978 al 19 de mayo 1986 pues durante la vigencia del contrato de trabajo el demandante, el empleador tuvo a cargo el reconocimiento de la pensión tal obra en razón no desapareció por el hecho que no hubiese sido llamado a la afiliación obligatoria en el Instituto de seguros sociales por ese lapso en consecuencia se condenará a la demandada Palmas Monterrey a pagar el cálculo actuarial en la forma que lo establezca Colpensiones a favor del demandante teniendo como ingreso base de cotización el salario mínimo legal vigente para cada año; pues si bien se requirió a la empresa demandada que certificarán los salarios recibidos por el demandante de noviembre del 78 a 19 mayo de 1986 aquella manifestó la imposibilidad de allegar esa documentación, así las cosas como el demandante no acreditó el salario que percibió durante el periodo antes referido, se ordenará a la demandada Colpensiones que realice el cálculo actuarial para lo cual debe tener en cuenta como ingreso base de cotización el salario mínimo legal vigente para cada una de las anualidades.

En cuanto a la excepción de prescripción, debe señalar el juzgado es que la dicha figura se halla regulada por el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, por otra parte también ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en punto al tema de la prescripción relacionada con los aportes en cuanto ha señalado que los aportes pensionales al sistema de Seguridad Social son un elemento constitutivo y fundamental del derecho a la pensión en el que los reclamos relacionados con la falta de afiliación al sistema de pensiones o la ausencia de pago de las cotizaciones así como las consecuencias derivadas de dichas omisiones no están

sometidas a la prescripción en sentido y en razón a ello se puede reclamar en cualquier tiempo así lo ha adoctrinado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras sentencias en la SL 16587 del 2015 radicado 37022 la SL 738 del 2018 radicación 330 del 14/03/1018 y la SL 3005 del año 2020, por lo anterior y teniendo en cuenta que lo reclama el demandante son aportes relacionados con su derecho pensional debe declararse no probada la excepción de prescripción propuesta por la sociedad Palma Monterrey.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la demandada Palmas Monterrey S.A.**, señalando:

El fallo desconocía que para el momento en que existió la relación laboral entre el demandante y la sociedad en mención, no existía obligación de afiliar o de efectuar el pago de aportes consecuentemente tampoco existe la obligación de efectuar descuento alguno por concepto de pago de aportes del entonces trabajador con destino al Instituto de seguros sociales como tampoco surgía obligación a su cargo de hacer el traslado del capital incluso de provisión con destino a financiar una eventual pensión del demandante, por el contrario en ese momento la normatividad vigente, artículo 72 de la Ley 90 el 46 establece expresamente que en materia de los riesgos invalidez vejez y muerte para el sector petrolero sector al que pertenece la sociedad, continuarían vigentes las normas que en ese momento regulaban el tema de los riesgos de invalidez vejez y muerte, es decir lo dispuesto por el artículo 60 del CST que dejaba a cargo de la empleadora la obligación de asumir esos riesgos.

Solicitó en caso tal de que no acceder a la absolución modificar la condena en el sentido de involucrar al demandante en el pago del cálculo actuarial, ya que El despacho no tuvo en cuenta que cuando el ISS asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte no lo hizo de manera general cobijando a todos los trabajadores sino que mediante actos administrativos inició el llamamiento paulatinamente a los diferentes grupos de la población sin que fuera posible que un empleador en el caso de mi representada ubicado en un sector industrial determinado o en una región específica a la que no se le hubiere hecho un llamamiento obligatorio pudiera inscribir a sus trabajadores para cubrir los riesgos mencionados, esta situación se predicó insistimos por parte de mi representada Palmas Monterrey situación que fue pasada por alto por el juzgado que tiene su domicilio y su centro de operación en el municipio de Puerto Wilches y lugar adicional donde el demandante David Rey prestó sus servicios, ubicación geográfica que sólo tuvo su llamamiento obligatorio para afiliar a los trabajadores a lista hasta el año 1987 y no es que hubiese existido un documento como lo afirmó el despacho que acreditara esa situación sino que este llamamiento existe la legislación puntual que realizó este llamamiento para el municipio de puerto Wilches lo cual se puede corroborar en el artículo 1 del Decreto 1617 de 1987 es decir que no en el presente caso no debía existir un documento que acreditará esta situación dado que nos podemos remitir al decreto 1617 de 1987, expedido por el Ministerio de Trabajo en armonía con el ISS donde se consagró que a partir de dicha fecha el municipio de Puerto Wilches o sus alrededores del departamento de Santander tenían que ya la obligación de efectuar los aportes a Seguridad Social por parte de los empleadores. Entonces es claro que esta situación no fue tenida en cuenta por mi representada en donde durante los periodos comprendidos en noviembre de 1978 al 19/05/1986 mi representada se encontraba en una imposibilidad legal de realizar la afiliación y el pago de los aportes a Seguridad Social, adicionalmente en el presente caso no se puede aplicar la legislación de la Ley 90 de 1943 ni mucho menos el artículo 72 que habla de los aprovisionamientos de capital dado que sus aprovisionamientos de capital únicamente son tenidos en cuenta cuando no se hubiesen hecho un llamamiento obligatorio y al momento del ingreso o en vigencia de la ley 100 de 1993 el contrato estuviera vigente, aquí encontramos que el contrato estaba vigente a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 pero ya existía el llamamiento que mi representada de manera oportuna y cabal cumplió de conformidad con las disposiciones que para esa época existía es decir que una vez ingresada la ley 100 ya se venían realizando las cotizaciones conforme a la ley lo exigió y conforme al llamamiento que hizo en su oportunidad el ISS, por tal circunstancia no debe darse aplicación a la ley 90 de 1946 ni al artículo 72.

Asimismo es importante agregar que entre el periodo de 1978 y 1986 tampoco se alcanzan a consolidar los requisitos para una pensión en cabeza del empleador de conformidad con el artículo 260 del CST dado que por un lado no se cumplen ni el tiempo de prestación de servicios y adicionalmente tampoco se tiene la edad por parte del demandado para que en cabeza de ese período mi representada debiera asumir como tal los riesgos de invalidez de ejercicio; entonces en ese orden de ideas es claro y reiteró al honorable tribunal, el periodo laborado entre el 02/11/1978 y el 19/05/1986 a favor de mi representada no puede ser tenido en cuenta pues conviene señalar que no se afilió al señor David Rey al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte como consecuencia de que esa entidad no llamó a afiliación obligatoria a las Empresas ubicadas en el municipio de Puerto Wilches sino sólo a partir del año 1987, situación que se encuentra establecida normativamente conforme a lo ordenado por el decreto 3041 de 1966 en armonía con lo que dice relación con anterioridad que es el decreto 1617 de 1986 razón por la cual no es procedente la condena a un cálculo actuarial además cuando el cálculo actuarial se ha establecido normativamente jurisprudencialmente para suplir la negligencia o la osadía de los empleadores al efectuar el pago de los aportes a Seguridad Social y en este caso encontramos que no hubo negligencia, no hubo omisión deliberada por parte de mi representada insistiendo en los honorables magistrados que para ese periodo que se encuentra reclamado no existía un llamamiento obligatorio y por tal motivo había una imposibilidad material ilegal de efectuar por un lado la inscripción de los trabajadores al sistema de Seguridad Social en pensiones y por el otro de realizar los aportes correspondientes.

Ahora frente a la pretensión subsidiaria es que se modifique el fallo aquí impugnado solicitamos que se tenga en cuenta por parte de los honorables magistrados que de conformidad con la sentencia T 492 del 2013, T014 del 2010 y T-241 del 2017 proferidas por la honorable Corte Constitucional en donde se reconoce que el capital para las pensiones de los trabajadores se construye a través de una participación económica compartida que esto implica que el empleador asuma el 75% del aporte y el 25% de los aportes los asumen los trabajadores, nótese que en el fallo gran parte de la culminación de la condena se basó sobre el artículo 33 de la ley 100 de 1993 donde se consagra que todos esos periodos que no fueron cotizados debían involucrarse a las pensiones eso quiere decir que al tomar como referencia la ley 100 de 1993 para fulminar una condena en contra de mi representada debe tomarse en su totalidad la ley 100 de 1993 y entre ellos el artículo 20 de dicha legislación que señala como lo manifestamos que en los aportes se deben construir de una participación económica compartida por los actores de la relación laboral, esto es el empleador y los trabajadores, ello que quiere decir que por el principio de inescindibilidad de la normatividad laboral es decir si se tomó como referencia para fulminar una condena de un cálculo actuarial conforme a la ley 100 de 1993 también se debió dar por sentado que de acuerdo con esa normatividad los aportes se construyen en un porcentaje el empleador en un 75% y en un 25%, en ese orden de ideas solicitamos a los honorables magistrados que se sirva modificar eventualmente si y de forma subsidiaria dado que si no es posible la revocatoria total del fallo que se sirva modificar y que el cálculo actuarial no sea al 100% que recaiga en cabeza de mi representada, sino que ese cálculo actuarial sea compartido y que la asunción sea de acuerdo a los porcentajes de ley para el empleador y para el trabajador, insistiendo que esto ha sido ya ampliamente debatido en la Corte Constitucional en las sentencias antes referidas.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la prestación del servicio del actor a favor de la demandada PALMAS MONTERREY S.A., por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 1978 al 10 de julio de 2002, lo que se corrobora con la certificación laboral expedida por esa demandada visible a folio 5 del plenario, relación de índole laboral que igualmente fue aceptada por esta pasiva en escrito de contestación de demanda.

Tampoco fue objeto de reproche que durante el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 1978 al 19 de mayo de 1986, en el que se encontraba vigente la relación laboral del actor con Palmas Monterrey S.A., este no tuvo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuestión que igualmente fue aceptada por esta última al indicar que para los extremos temporales antes señalados, no estaba llamada a afiliar a sus trabajadores al ISS, dado que el señor David prestaba sus servicios en el municipio de Puerto Wilches; al respecto, procede señalar a esta parte que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento SL 1551 del 10 de marzo de 2021, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte previa cobertura por parte del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos y de no haberlo hecho **le correspondía efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar**, así lo indicó en dicho pronunciamiento:

*En primer lugar, es verdad que para la fecha en la que se desarrollaron los diversos vínculos laborales del actor, el Instituto de Seguros Sociales no había extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como la demandada, lo que solo vino a darse a partir del 1 de octubre de 1993, por medio de la Resolución n.º 4250 de 1993. **No obstante, ante dicha realidad, esta Sala de la Corte ha concluido que los empleadores, no obligados a realizar la inscripción, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.***

En la sentencia CSJ SL14388-2015, esta Sala advirtió al respecto que:

[...] a partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar... que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»

Ha determinado también la Corte que esa obligación no solo emana de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como la concebida en el artículo 33, sino que encuentra arraigo en el mismo artículo 76 de la Ley 90 de 1946, de manera que no es cierto que, como lo dedujo el Tribunal, para la fecha de suscripción del acuerdo conciliatorio - 22 de septiembre de 1994 -, no existiera norma que permitiera el traslado de los aportes correspondientes a periodos en los que no se registró la afiliación, por medio de cálculo actuarial, pues esa regla puede entenderse

establecida antes y después de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social.

En sentencias como la CSJ SL939-2019, CSJ SL4334-2019 y CSJ SL1122-2019, entre otras, esta Sala ha recalado que, como lo reclama la censura, la referida carga pensional emana de la misma Ley 90 de 1946 y concretamente de la obligación establecida para los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones pensionales causadas por la falta del inicio de cobertura del ISS, que se había visto reforzada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Las mismas consideraciones han sido realizadas específicamente frente a empresas del sector petróleo en las sentencias CSJ SL3892-2016, CSJ SL835-2018, CSJ SL1122-2019 y CSJ SL1356-2019, entre muchas otras. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, contrario a lo señalado por la recurrente también en sus alegaciones, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional y si bien como lo señala la recurrente, para la data en que tuvo lugar la relación laboral demostrada, la asunción del riesgo pensional, se encontraba en cabeza del empleador, lo cierto es que en el caso del actor, y como bien lo indica la misma recurrente no le fue reconocido derecho pensional alguno en los términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por este a favor de la demandada para construir la prestación pensional conforme la normatividad ahora vigente.

Ahora, en cuanto a la proporción en que se debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que se condenó, contrario a lo señalado por la recurrente, debe ser asumido en su totalidad por esa parte como empleadora del actor para la época en que no hubo cotizaciones para los riesgos de IVM, pues así lo ha precisado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL 2584-2020, SL4921-2021 y en una más reciente SL3867-2021 M.P. Jorge Luis Quiroz, en que se pronunció en los siguientes términos:

Conviene recordar, entonces, que la jurisprudencia de esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular, y al respecto tiene establecido que el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social se encuentra exclusivamente a su cargo, sin que el parágrafo 1° del artículo

33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, permita entender que el trabajador deba contribuir en su cubrimiento, pues lo cierto es que durante el lapso de no cobertura el empleador es el único responsable del riesgo pensional.

Recientemente, en un caso de iguales connotaciones fácticas y jurídicas, la Corte dio respuesta a los reproches de la censura mediante sentencia CSJ SL673-2021, reiterada en la CSJ SL2465-2021 y CSJ SL, 14 jul. 2021, rad. 83301, en la que expuso:

En consecuencia, para la Sala el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si se equivocó el ad quem al definir que el pago del cálculo actuarial estaba en su totalidad a cargo del empleador Weatherford South America GmbH.

Al respecto, no le asiste razón a la recurrente en su cuestionamiento, debido a que el cálculo actuarial no es una proyección de cotizaciones o aportes de períodos anteriores, como si se estuviera frente a una mora en la cotización, sino que equivale a parte del capital necesario para financiar una pensión; y aún, si se tratara de aportes, que no lo es, ya se ha dicho, lo cierto es que tampoco acompañaría la razón a la censura, porque el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece que «El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador».

El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador, representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su **totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador.**

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaban a cargo de los empleadores, fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador, o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente en cabeza del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa del empleado. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dádiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios.

Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020.

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se tiene que sobre este punto, tampoco hay lugar a modificar la decisión de primer grado, siendo pertinente señalar al recurrente que las decisiones proferidas en sede de tutela, gozan de efectos inter partes, lo que determina que no son de obligatoria observancia, contrario a los criterios esbozados por la Corporación de cierre

de esta jurisdicción en sede de casación, índole que ostentan los acogidos en esta oportunidad, razones suficientes para **confirmar** la sentencia de primer grado en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 27-2019-724-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA MERCEDES MORALES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de mayo de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante y la demandada Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA MERCEDES MORALES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado que efectuara al RAIS a través de Colfondos S.A., el 29 de septiembre de 1995 y el 1 de octubre de 1998, por existir error de hecho que vició su consentimiento, que nunca se trasladó a dicho régimen, permaneciendo siempre afiliada al RAIS; como consecuencia de tales declaraciones solicita se condene a Colfondos S.A. a registrar que nunca efectuó una afiliación válida a dicha AFP, por el indebido suministro de información al respecto, se condene a Colpensiones a registrar y activar su afiliación en esa administradora, a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

todos los dineros depositados en su CAI, como bonos, aportes, rendimientos y comisiones, ordenando a Colpensiones actualizar su historia laboral con tales cotizaciones. (fls. 4 y 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de marzo de 1963, que empezó a cotizar por intermedio de diferentes empleadores del sector privado al RPM a partir del 30 de mayo de 1989 y hasta septiembre de 1995, cotizando para dicho régimen 284.29 semanas, que para la fecha de su traslado al RAIS, percibía un salario de \$300.000, que en dicha anualidad se afilió a la AFP Colfondos S.A., entidad que no informó sobre las implicaciones de dicha decisión, no le indicó las desventajas del RAIS, no le ilustró respecto de los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional a pesar de que conocía el número de semanas por ella cotizadas en el RPM y el promedio salarial sobre el cual cotizaba.

Que Colfondos no le indicó sobre las ventajas de permanecer en el RPM, por lo que al contratar una asesoría pensional particular, se percató de que había sido engañada por Colfondos S.A., que el 1 de octubre de 1998 se afilió a Porvenir S.A., administradora que tampoco le informó sobre las implicaciones de su traslado y durante su permanencia en dicho régimen, no recibió dicha información, que el día 2 de septiembre de 2019, solicitó ante la AFP Colfondos la nulidad de traslado a ese régimen y la activación de su afiliación en el RPM, a lo que le indicaron que la habían asesorado en debida forma de manera verbal al momento de su traslado, que igual solicitud elevó ante Porvenir y ante Colpensiones, a lo que esta última respondió de manera negativa. (fls. 5 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 34 y 35 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 132).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, negó los No. 17, 19 a 29 y 36 y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación. (CD fl. 159).

Por su parte, COLFONDOS S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó el hecho contenido en No. 8, negó los No. 9 a 12, 15 a 17, 28 y 30 a 32; propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de la presunta nulidad alegada, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (CD fl. 159).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARIA MERCEDES MORALES del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS y el posterior traslado efectuado entre administradoras del RAIS.

SEGUNDO: CONDENAR a la PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA MERCEDES MORALES como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a que traslade a Colpensiones las sumas descontadas a la demandante por concepto de cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora MARIA MORALES al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de Porvenir S.A. (...) (fl. 162)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que previo a resolver el problema jurídico planteado que se circunscribía a determinar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, indicó que al respecto se acogía al criterio jurisprudencial expuesto de manera reiterada por la CSJ entre otras en las sentencias SL 1688-2019, SL 3464-2019 y SL 4360-2019, en las que la Corte definió de manera expresa que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamentó la CSJ en el artículo. 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el art. 13 del CST y el art. 53 de la CP, por lo que no era necesario probar la existencia de un vicio del consentimiento en el afiliado al momento del acto de traslado.

Señalo en cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos, la CSJ en la sentencia SL 1688-2019 reiterada en la SL 587-2021 ha señalado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se trasladó al RAIS, esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca; por lo que se debe invertir la carga probatoria, correspondiendo a la AFP privada en estos casos acreditar que suministró la asesoría en forma correcta.

De igual forma, siguiendo la línea jurisprudencial de la CSJ entre otras en la sentencia SL 587-2021, indicó que en cuanto al deber de información, correspondía a las AFP suministrar al futuro afiliado al momento del traslado una información clara, cierta, comprensible y oportuna, no siendo suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación, sino que deben brindar la información suficiente, siendo necesario evaluar cuál era la información exigida dependiendo el momento histórico en que se dio el traslado, señalando que antes del 2009 las AFP privadas tenían la obligación de hacer una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

De igual manera, indicó que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información y los traslados horizontales realizados en el RAIS, no tenían la virtud de subsanar la falta al deber de información.

Descendiendo al caso de la señora María Morales, señaló que se encontraba probado que estuvo afiliada al RPM administrado hoy por Colpensiones desde el año 1987 y con posterioridad decidió trasladarse a Colfondos el 29 de septiembre de 1995, lo cual se acreditó con el formulario de afiliación visible a folio 51 del expediente y que posteriormente se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 1 de agosto de 1998, como se verificaba a folio 52 del plenario,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

para luego trasladarse nuevamente a Porvenir, en la que permanece afiliada, el 20 de octubre de 2016.

Afirmó que revisadas las pruebas practicadas y en particular del interrogatorio de parte a la demandante, esta no había confesado haber recibido la información necesaria al momento del traslado a ninguno de los fondos del RAIS, ya que indico que le indicaron en una charla grupal que el ISS se iba a acabar, no tenía conocimiento de las características de este, realizó los aportes voluntarios bajo el convencimiento de que podían financiar la educación de sus hijos y no para mejorar la mesada pensional, que les correspondía a las AFP convocadas demostrar por cualquier medio haber brindado la información necesaria al momento en que la demandante se trasladó al RAIS con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica; sin embargo, ninguna había cumplido con dicha carga probatoria, debiéndose declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, para lo cual precisó que conforme lo había reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscar esas asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP Colfondos ni con el transcurso del tiempo, ni con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado. No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003 como quiera que asunto debatido era una ineficacia de traslado por omisión en la falta de información al momento del traslado, en la cual lo que se debe revisar es si se brindó o no la información al momento del traslado para determinar si dicho traslado era ineficaz o no.

Como consecuencia de lo anterior, afirmó que la línea jurisprudencial en que fundaba su decisión había señalado entre otras en sentencia SL 2877-2020 que los efectos de la ineficacia conforme lo establecía el artículo 1746 del CC es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, y que si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

imponer la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibilitem, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Que esa alta Corporación igualmente había indicado que ante la declaratoria de ineficacia de traslado se debe realizar la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS, por lo que la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el RPM, lo que incluía el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será Colpensiones la entidad encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento de un eventual derecho pensional, pues considera que desde un principio todos esos dineros debieron ser recibidos por Colpensiones, por lo que se ordenaría a Colfondos y Porvenir, efectuar el traslado de estos dineros en los términos señalados.

Siendo claro que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS de la demandante, su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume; de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP en mención los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien estaba en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019, traslado de dineros que no generaba ningún detrimento para Colpensiones, ni afectaba su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP Porvenir y Colfondos con cargo a sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración traía consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original.

Declaró no probada la excepción de prescripción señalando que la acción de ineficacia del traslado no estaba sometida al término trienal que rige en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se había causado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** señaló que en la sentencia no se tomaron en cuenta algunas reglas aplicables dentro de la relación contractual que unió a la demandante con la AFP, ya que conforme lo previsto en el Decreto 2241 de 2010, los trabajadores tenían obligaciones legales, no obstante para el caso bajo estudio se denota un silencio el consumidor financiero en el tiempo, no tuvo una adecuada atención al negocio jurídico que celebró con la AFP, que la responsabilidad de esa entidad de recibir a la demandante en el RPM no exoneraba a quien generó ese daño probable de la diligencia al momento del traslado, siendo los fondos privados los que no demostraron tal actuar diligente y el único responsable de ese actuar viene a ser esa entidad a la que se le obliga a recibir como afiliada a la demandante.

Señaló que al momento de traslado de la actora, no era obligación de las AFP realizar la asesoría en los términos expuestos por la jurisprudencia en que se fundó el fallo, pues no se podía exigir una documentación adicional a la aportada en el proceso y en la relación legal que se dio entre la AFP y la demandante, Colpensiones era totalmente externa por lo que no se podía ver afectada con dicha decisión, máxime cuando la misma afectaba la estabilidad financiera del RPM, quedando atada esa entidad al actuar procesal de las demás convocadas, ya que al ser un tercero no podía asumir la carga probatoria de los implicados directos en el proceso, por lo que no se podía pretender que fuera la única responsable de los negocios jurídicos de la demandante y el fondo privado.

Indicó que con el AL 01 de 2005, se buscó la sostenibilidad financiera del RPM al declarar este tipo de decisiones se incurría en una descapitalización, para lo cual no se demuestra que haya sustento alguno para poder realizar esos traslados y que esa entidad tenga la sostenibilidad financiera para sustentarlo.

Porvenir S.A. recurrió señalando que en cuanto al tema de la ineficacia, se debían estudiar las circunstancias de cada caso en concreto, en especial,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

cuando para el caso de la demandante se probó que el manejo de sus cotizaciones por esa AFP, le habían generado rendimientos y frutos, lo que comprueba que dicha entidad realizó una excelente gestión de administración de los recursos de la actora, duplicando los aportes, lo que a la fecha le permite contar con un presupuesto considerable para el pago de la pensión; que la sentencia no había tenido en cuenta lo que se ha denominado “actos de relacionamiento” que tienen lugar cuando el afiliado suscribe varios formularios en el RAIS, lo que da cuenta que tiene la intención de permanecer en el RAIS, lo que ocurre para el caso bajo estudio, ya que se probó que la demandante suscribió un formulario en el año 1995, posteriormente en el año 1998 en esa AFP.

Afirmó que la demandante no se podía beneficiar de su propia culpa aún cuando ella tenía los extractos de su CAI y decide no revisarlos a profundidad sino simplemente verificar semanas, olvidando que dichos documentos consignan más información necesaria y útil para conocer la realidad de su situación pensional. Señaló que no era factible ordenar la devolución de los gastos de administración lo que sería un castigo a esa entidad a pesar de haber duplicado los rendimientos de la cuenta de la demandante, cuando de acuerdo con el inciso 2 del artículo 20 de la ley 797 también el RPM se descuenta el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración y dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción; además resaltó que la Superintendencia financiera en el concepto el 17/01/2020 indicó las sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual sin que proceda la devolución de primas de seguros provisional en consideración a la compañía aseguradora cumplió con el deber de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ya que ordenando el traslado de la comisión de administración y primas de seguro configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, siendo que el artículo 113 literal B de la ley 100 del 93, menciona en forma clara cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, como son el saldo de la CAI junto con rendimientos, ya que lo demás no está destinado a financiar la prestación.

CONSIDERACIONES

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA MORALES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 29 de septiembre de 1995, el que reposa a folio 51 del expediente, misma consecuencia solicita respecto de los posteriores traslados efectuados dentro del RAIS.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del RPM, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras **desde su creación legal**, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiestan las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A., la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a la afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por las AFP.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora María Morales, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la entonces Colfondos S.A., administradora a la que se afilió la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, no pudiéndose afirmar como lo indica la recurrente Colpensiones en recurso que el traslado de la señora Mercedes, haya sido libre y voluntario, pues se itera, dicho acto no puede tener tal connotación cuando la actora no conocía las incidencias reales del mismo.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a esa AFP, probar el suministro de dicha información a la señora Mercedes, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió como lo reitera la parte demandante en sus alegaciones.

Tampoco sale avante el argumento de Porvenir S.A. esbozado en su recurso y alegaciones respecto del traslado de los gastos de administración y demás emolumentos ordenados en sentencia, los que dicho sea de paso, **no se ven afectados por el fenómeno prescriptivo** aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP en mención.

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude Porvenir S.A. en su recurso, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS, éstos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021 señalando además que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso y alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, los que una vez trasladados entrarán a formar parte del fondo común propio de ese régimen, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Así las cosas y contrario a lo indicado por Colpensiones en su recurso al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900724-01 Dte: MARÍA MERCEDES MORALES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-756-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA HAYDEE SANTOS

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 10 de mayo de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARÍA HAYDEE SANTOS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a reliquidar y pagar a su favor pensión causada por el señor Alberto Palomino a partir del 15 de noviembre de 1994, de conformidad con las previsiones del régimen de transición en concordancia con el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta el IBL de toda la vida laboral, ordenando sustituir dicha prestación a su favor desde el 22 de septiembre de 2016, fecha de fallecimiento del señor Hernández Palomino, junto con reliquidación solicitada. (fl. 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante resolución No. 009703 de 1998, el extinto ISS, reconoció pensión de vejez al señor Alberto Hernández Palomino, bajo los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a partir del 15 de noviembre de dicha anualidad, prestación que fue liquidada teniendo en cuenta 1099 semanas cotizadas, que el señor Alberto falleció el 22 de septiembre de 2016 y a través de resolución GNR 367979 del 5 de diciembre de 2016, la demandada reconoció a su favor sustitución pensional en calidad de cónyuge del causante a partir de la fecha de su fallecimiento y en cuantía de \$689.455.

Afirma por último que agotó reclamación administrativa ante la demandada el 21 de marzo de 2019 solicitando la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al señor Alberto. (fl. 3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó todos y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total de mesadas pensionales y buena fe. (fl.30).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada a reliquidar la sustitución pensional de que goza la señora María Haydee Santos con ocasión del fallecimiento del señor Alberto Hernández, teniendo en cuenta el IBL de lo cotizado durante toda la vida laboral del causante, lo cual arroja una cuantía de \$1.349.530, como mesada para el año 2016, la cual deberá reajustarse anualmente con los incrementos de Ley.

SEGUNDO: CONDENAR a la demanda a pagar a la demandante retroactivo causado desde el 22 de septiembre de 2016 hasta la fecha en que sea incluida en nómina la diferencia pensional, valores que deben ser indexados al momento de su pago.

TERCERO: AUTORIZAR a Colpensiones para que descuente del retroactivo a que tiene derecho la demandante, el porcentaje de los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y pago de lo no debido. (fl.48).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de conocimiento en síntesis que no había ofrecido reproche que al señor Alberto Hernández Palomino le fue reconocida pensión de vejez por el entonces ISS mediante la resolución 009703 de 1998, el que dio a partir del 15/11/1994 calculado con base en 1099 semanas cotizadas y sobre un IBL de \$ 93,147 arrojando como primera mesada pensional la suma de \$98,700, que tampoco había existido controversia respecto de que el causante fue beneficiario del régimen de transición, la norma aplicada para reconocimiento pensional, la tasa de reemplazo aplicada, el número de semanas cotizadas por el causante, y la sustitución pensional realizada a favor de demandante María Haydee Santos Inés Santos, reconocimiento que se dio a partir del 22 de septiembre del año 2016 con ocasión del fallecimiento del señor Alberto Hernández Palomino y siendo que el inconformismo de esta parte radicaba en el cálculo del promedio del ingreso base de liquidación con que la demandada halló la mesada pensional y su consecuente sustitución habría lugar a abordar tal aspecto.

Para lo anterior señaló que para hallar el IBL de la pensión de las personas beneficiarias del régimen transición debe tenerse en cuenta si les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, conforme lo previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 corresponde al tiempo que hiciera falta para ellos o el cotizado durante todo el tiempo sin que fuese posterior, mientras que para las personas que les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional su ingreso base de liquidación es el previsto en el artículo 21 de la normatividad en cita, es decir el promedio de los salarios o rentas uno de los cuales ha cotizado el

afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o el promedio del ingreso calculado sobre los ingresos de toda su vida laboral, siempre y cuando se hayan cotizado 1250 semanas como mínimo; y así lo había reiterado la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en sentencia radicado 43.336 del 15 de febrero del año 2011, postura que posteriormente fue acogida por una Corte Constitucional en las sentencias de unificación SU230 de 2015, en ese sentido señaló que como quiera que a 1 de abril de 1994 al señor Alberto Hernández Palomino le faltaba menos de un año para adquirir su status pensional porque nació el 14/11/1934, el IBL de la prestación debía determinarse conforme lo expuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo devengado durante el tiempo el tiempo que hiciera para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si fuera superior.

Señaló que efectuados los cálculos aritméticos, teniendo en cuenta los salarios que se registraron en la sabana tradicional del causante expedida por el ISS, se concluía que el IBL de toda la vida laboral del causante debidamente actualizado correspondía a la suma de \$304.282,41 al que aplicada la tasa de reemplazo del 75%, arrojaba como primera mesada pensional la suma de \$228,212, para el año 1994, monto que en efecto resultaba más favorable que la reconocida por el entonces ISS mediante la citada resolución de reconocimiento pensional, por lo que para el año 2016 fecha en que se efectuó la sustitución pensional a favor de la demandante la mesada pensional que debía reconocerse a su favor ascendía a \$1.349.530, mientras que la otorgada por la pasiva en dicha anualidad, fue por valor de \$689,455, lo que genera una diferencia a favor de la actora de \$ 660,075, asistiéndole a esta última el derecho a que le sea reliquidada la prestación como lo depreca, debiendo condenarse a la demandada a efectuar dicha reliquidación a partir del 22 de septiembre del año 2016 advirtiéndole que la mesada para esa anualidad correspondía a la suma de \$ 1,349,530, debiendo cancelar a su favor igualmente el retroactivo de diferencias pensionales desde dicha data y hasta la fecha en que la diferencia pensional sea incluida.

Señaló que tales diferencias no se encontraban afectadas por el fenómeno prescriptivo por cuanto el acto administrativo que había reconocido sustitución pensional a la demandante, había sido notificado el 3 de diciembre del año 2016, y la acción judicial se había radicado el 25 de octubre

del año 2019, habiendo lugar a autorizar a la demandada a efectuar los descuentos con destino al sistema de Seguridad Social en salud.

CONSIDERACIONES

En este caso no existe discusión respecto a que al señor Alberto Hernández le fue reconocida pensión de vejez mediante acto administrativo resolución 09703 de 1998, visible a folio 13 del plenario, por virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la edad, el tiempo de servicios o las semanas cotizadas y el monto de la pensión se encuentran cobijados por el régimen de transición, pero no el IBL.

De igual forma, quedó plenamente demostrado que dicha prestación fue sustituida por la hoy demandada Colpensiones como se verifica del contenido de la resolución GNR 367979 del 5 de diciembre de 2016, visible a folio 14 del plenario a la aquí demandante a partir de la fecha de fallecimiento del señor Alberto, esto es, 22 de septiembre de 2016.

Es así como al no haber ofrecido reparo tampoco la densidad de semanas cotizadas por el señor Alberto en vida, que conforme la resolución de reconocimiento pensional efectuado a su favor en el año 1998, ascendió a 1099, en lo referente al ingreso base de liquidación objeto del debate se tiene que como bien lo indicó la juzgadora de instancia, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que para quienes les faltare menos de diez años para adquirir derecho pensional como es el caso del señor Alberto ya que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 estaba a menos de 1 año de causar derecho pensional a su favor, ya que este le fue reconocido a partir del 15 de noviembre de 1994, por lo que en su caso el IBL para calcular la prestación corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir derecho pensional o sobre lo cotizado **durante todo el tiempo de servicios** si este fuere superior y así lo reiteró esa Alta Corporación en sentencia SL5567 del 6 de octubre de 2021.

Por su parte, la Corte Constitucional reafirmó el criterio anterior en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 en donde concluyó que el IBL no era un aspecto de la transición y por tanto, eran las reglas contenidas en el

régimen general las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se perteneciera.

Siguiendo este derrotero jurisprudencial, se tiene en el presente conforme liquidación efectuada por el Grupo liquidador de esta Corporación, el IBL del causante calculado con el promedio de lo cotizado durante la vida laboral, le resulta más favorable como lo señaló la juzgadora de instancia al indicado en la resolución de reconocimiento pensional expedida por el entonces ISS, ya que para el año 2016, la mesada pensional liquidada en tales términos, arroja como resultado la suma de \$1.355.777.

Conforme lo anterior, contrario a lo manifestado por la demandada en alegaciones, sí hay lugar a reliquidar la mesada pensional del señor Alberto y que fuera sustituida a la aquí demandante, en los términos señalados en la decisión de primer grado, pues si bien conforme liquidación a que se alude, la mesada pensional de la prestación sustituida a la demandante al año 2016, es levemente superior a la liquidada en primera instancia, no se modificará tal suma, dado que tal aspecto no fue objeto de reproche por la parte demandante, atendiendo al grado de consulta a favor de la demandada en que se revisa la decisión.

Prescripción

Habiendo sido propuesta esta excepción por la demandada, se estudiará este aspecto en grado de **consulta**, al respecto, se observa que como bien lo señaló la juzgadora de instancia, la resolución mediante la cual se reconoció derecho de sustitución pensional, data del 5 de diciembre de 2016 y la demandante reclamó su reliquidación ante la demandada el 21 de marzo de 2019 (fl. 11), radicando esta acción judicial en la misma anualidad (fl. 26) lo que determina que en esta oportunidad, no transcurrió el fenómeno prescriptivo.

Es así como al no haber lugar a modificar ningún aspecto de la sentencia de primer grado, se **confirmará** esta en su totalidad.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, por las razones señaladas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

**PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-468-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: EMERSON VILLEGAS GUERRERO
DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 31 de mayo 2021, por medio del cual ABSOLVIÓ a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y CONDENÓ en costas a la parte actora. (Fls 198 y siguientes).

ALEGACIONES

Dentro del término del traslado para alegar de conclusión, fueron remitidas alegaciones por parte de la demandada, parte que solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor EMERSON VILLEGAS GUERRERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, para que mediante un proceso ordinario laboral se



DECLARE que en virtud de la convención colectiva de 2015, artículos 57 y 58, son a término indefinido, que el demandante se encuentra afiliado al SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PUBLICOS CORPORACIONES AUTONOMAS INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIOS DE COLOMBIA "SINTRAEMSDDES" y por tanto es beneficiario de la convención colectiva, que en consecuencia el contrato suscrito por las partes el 2 de enero de 2013, a término fijo junto con sus adiciones es en realidad a término indefinido, condenar al pago de todos los beneficios convencionales incluyendo reintegro si es despedido (Fls 100 al 113).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que los trabajadores de la demandada crearon la organización sindical *Sintraemsdes*, la cual fue debidamente inscrita y registrada ante el Ministerio del Trabajo, que la demandada y dicha organización celebraron el 24 de noviembre de 2015, convención colectiva de trabajo, la que en su artículo 57 establece que para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos se suscribirían a término indefinido y en su inciso 2 se determinó que los contratos de los trabajadores vinculados al 24 de noviembre de 2015, serían a término indefinido; de igual forma, el artículo 58 de dicho instrumento, señala que la demandada podía contratar trabajadores a término fijo, sólo cuando se trate de la realización de una labor determinada, trabajo ocasional, accidental o transitorio o para reemplazo en vacaciones o licencia.

Afirma que se vinculó al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo escrito a término fijo el 2 de enero de 2013, pactándose su fin hasta el 1 de julio del mismo año, siendo contratado para desempeñar el cargo de profesional especializado nivel 21, cargo que subsiste en la planta de personal de la demandada, como también las causas que le dieron origen a este, que a través de memorando interno del 27 de junio de 2013, la demandada le informó que su contrato se prorrogaba entre el 2 de julio de 2013 al 31 de diciembre del mismo año, en el mismo cargo y nivel, nuevamente le informan sobre otras prórrogas entre el 1 de noviembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015.

Refiere que suscribió un nuevo contrato con la demandada a partir del 2 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016, contrato al que se le insertó el otrosí, para seguir ejerciendo el mismo cargo y en el mismo nivel, prorrogándolo hasta el 31 de diciembre de 2017, prórrogas que continuaron hasta 31 de diciembre de 2019, esto es por más de



seis años, que al ser beneficiario de la convención colectiva vigente al interior de la demandada, se encuentra vinculado mediante contrato a término indefinido y por ello, su estabilidad no está sujeta al concurso de méritos al que hace alusión dicha convención, los que fueron establecidos para el ingreso de trabajadores con posterioridad a la firma de esta; señala por último que presentó reclamación ante la demandada el 29 de mayo de 2019, la que fue respondida de manera negativa, asegurando además que no está obligado a participar en el concurso que la demandada abrió para proveer su cargo (Fls 100 al 113).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los No. 1, 3, 7 a 26 28 a 32 y 35; manifestó no constarle lo No. 2 y 4 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación buena fe de la demandada y mala fe de demandante, así como la denominada genérica. (Fls.171 al 184)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió se itera ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Fls 198 al 200).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando en síntesis lo siguiente: *“En primer lugar no hay duda del agotamiento de la vía gubernativa del art 6 del C P del T y de la SS, Tampoco hay discusión de la existencia del sindicato Sintraemsdes, de la existencia de la convención, ni sobre el hecho de ser el actor beneficiario de la norma convencional, aportándose copia de las convenciones, igualmente desprendibles de nomina en donde se descontaban cuotas al sindicato. En cuanto a las pretensiones afirmó una vez resumidas, así como los argumentos de la demandadas, que la interpretación de las normas convencionales a la luz de la sentencia SL1240 de 2019, con ponencia del Dr Castillo Cadena en donde se rememora la SL 351 de 2018 la cual cita, se afirma que cuando surgen dudas de las normas se debe acudir a los principios para que los debates hermenéuticos que den lugar a conflictos bien pueden ser resueltos a través de la negociación mediante procesos, o mediante procesos arbitrales e incluso*



mediante negociación del mismo empleador y trabajador siempre que no se afecten derechos ciertos e indiscutibles. Agregó que se deben aplicar parámetros objetivos y hacer una lectura integral de los textos para buscar una interpretación razonable para decidir entre varias interpretaciones plausibles. Se refirió también a la sentencia SU 267 de 2019, la cual también citó, relativa al valor de la convención y a los principios fundamentales, entre otros el de favorabilidad. Se refirió así al artículo 53 de la C P y al *in dubio pro operarium*, señalando que opere ante la duda de aplicación entre dos normas vigentes o interpretación de dos normas, se resuelven siempre en favor del trabajador. Citó también las sentencias SU 241 de 2015, SU113 de 2018, sobre el principio de favorabilidad al aplicar convenciones colectivas, señalando que siempre debe interpretarse la convención en caso de duda en favor de la convención. Posteriormente apoyada en esa jurisprudencia señaló la Juez que se centraría en estudiar como debe ser interpretada la convención ya que el demandante quiere se apliquen literalmente los artículos 57 y 58 de la convención en cuanto a la naturaleza de los contratos y su duración, mientras que la demandada aduce que la interpretación debe ser integral y que allí se pactó la obligación de someter a concurso los cargos. Al efecto dice se aportó la convención, luego citó los artículos en su parte pertinente, así como el artículo 42 que se refiere al escalafón y sus elementos. Cita también el artículo 49 sobre el régimen de transición, el artículo 50 sobre igualdad de derechos de los trabajadores en el régimen de transición. **Concluyó así que al ser varias las normas que regulan la estabilidad y acceso a los cargos la convención se debe analizar de manera integral**, por lo que se encuentra que la convención empezó a regir desde 2015 hasta 2019 y que el trabajador estuvo vinculado desde el 2 de enero 2013 hasta 20 de noviembre de 2015, mediante contrato a término fijo en la planta provisional con prorrogas en el cargo de profesional especializado en el área de gerencia corporativa y que así mismo suscribió otro contrato desde el 2 de diciembre de 2015 desempeñando el mismo cargo con anterioridad a la planta definitiva, todo ello de conformidad con los contratos aportados. Sobre esa contratación dijo que el artículo 36 de la convención señaló el paso de la planta transitoria a la definitiva mediante contratos a termino fijo, con prorrogas automática, pero sin superar 5 años **a la firma de la convención, por ello consideró como en otros casos que no era obligatorio vincular al demandante mediante contrato a término indefinido** en atención a los artículos de transición de la planta transitoria a la permanente. Así mismo respecto a la no participación en los concursos dijo que de la lectura de una manera detallada de la convención encuentra que no le asiste razón al demandante pues desde el preámbulo de la convención y como forma de fortalecimiento se establece el concurso y no es posible aplicar el principio de favorabilidad a los



intereses particulares del demandante, ello de la lectura integral de la convención en donde no hay norma ambigua que permita interpretarla en su favor. Tampoco se demostró en el proceso, no hay prueba que permita inferir que la filosofía del artículo tenía como fundamento omitir el concurso para vincular a término indefinido, porque de ser así muy seguramente el sindicato ante la convocatoria del concurso para todos los empleados se hubiere opuesto a esa norma, cuya filosofía promovía estabilidad, pero fortalecía también el concurso de méritos, para evitar tratos discriminatorios o burocráticos. Por todo lo anterior dijo no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad por la interpretación integral a la convención sin que se vulnere la convención, luego ABSOLVIÓ de todas las pretensiones....”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que lo sustenta **por ahora** : “ *en que en la fijación del litigio quedó establecido que la controversia giraría en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la convención y dice que dichas normas las cuales cita es taxativa y literal, dice que no hay que entrar en otro razonamiento para concluir que el querer fue entregar estabilidad a los trabajadores que laboraran en la empresa a la firma de la convención, esto es 24 de 2015. El trabajador llevaba a esa fecha más de 6 años luego su contrato debe ser indefinido. Dice que el artículo 58 es más claro pues se establecen los eventos en que se puede contratar a término fijo circunstancias en la que no está el demandante; esta norma agrega prohíbe contratar a término fijo esto en el inciso segundo de la norma en donde se dice que en ningún caso se puede acudir a esa contratación. Reitera que el trabajador no está en esas causales para que su contrato inexplicablemente siga siendo así a término fijo, la sentencia desconoce la fijación del litigio y desconoce el régimen de transición desapareció en noviembre de 2020, luego su aplicación es improcedente y las decisiones del tribunal además de no ser jurisprudencia no se dice cuáles son. Agregar que ampliará el recurso en el tribunal”*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y S S, precisando desde ya que la única oportunidad para sustentar el recurso es en la audiencia en la que se profiere el fallo, de manera que no es posible ampliación alguna, ante este Tribunal en donde solo pueden presentarse alegaciones de instancia que solo dan apoyo a los temas planteados en esa única y exclusiva oportunidad.



En ese orden la Sala se referirá a los siguientes puntos de apelación: i) La Juez no respetó la fijación del litigio lo que la llevó a hacer una indebida valoración y ii) el demandante tiene derecho a que su contrato sea indefinido según las cláusulas 57 y 58 de la convención dado que esta prohibido hacer contratos a término fijo salvo algunas excepciones dentro de las cuales no se encuentra el actor.

i) De la fijación del litigio

Sea lo primero precisar, aspectos importantes sobre la etapa procesa denominada fijación del litigio, su consagración legal, lo que en la audiencia se tuvo como tal para luego destacar también jurisprudencia al respecto.

Es en el parágrafo del artículo 77 del C P del T y de la S S, numeral 3 esto es en la denominada AUDIENCIA OBLIGATORIA DE CONCILIACIÓN, DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS, SANEAMIENTO Y FIJACIÓN DEL LITIGIO, en donde se consagra la etapa así:

“(...)

3. Requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales se declararán probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial.

Igualmente, si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito....”

Vale precisar que, al estar regulado en nuestro ordenamiento, no es necesario acudir al Código General del Proceso, aunque dicho sea de paso allí se encuentra consagrado también en los artículos 372 y 373.

Se desprende con claridad de la norma que tiene como fin; excluir de la etapa probatoria hechos susceptibles de confesión, **en los que las partes estén de**



acuerdo, pues desde luego sería un desgaste decretar pruebas al respecto, para luego sí plantear el problema jurídico que se definirá tras el adelantamiento del juicio.

Al revisar la audiencia vemos como en estricto sentido la Juez no requirió a las partes, para determinar hechos probados, ni adelantó la etapa en los términos que señala la ley y solo planteó el problema jurídico a resolver, esto es si el demandante era beneficiario de la convención si se debían aplicar los artículos 57 y 58 para tener su contrato como indefinido; indagando a continuación a las partes sobre si estaban de acuerdo con lo señalado como problema jurídico se itera, a resolver a lo que desde luego contestaron que si pues este es justamente el fondo de la controversia.

En ese sentido, si existe controversia; no hay acuerdo; luego entonces, eso es lo que debe definir el Juez, sin que como entiende la recurrente, tenga que limitarse al análisis de dos cláusulas, pues se itera eso no es lo que la norma busca, porque si así fuese ni siquiera habría lugar a adelantar el juicio.

Olvida la recurrente que, aunque el apoyo de la pretensión principal, esto es que el contrato del actor se torne indefinido y sin que tenga que participar en concurso alguno; son las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la convención, a ello **se opuso la demandada desde la contestación de la demanda, en donde expresamente indicó: “ No solamente la norma invocada por el demandante, se explicara, hace alusión a que la vinculación de los trabajadores oficiales al servicio de EAAB-ESP sea término indefinido, el texto convencional desde su mismo preámbulo, los artículos 42 y 53 de la Convención Colectiva de Trabajo años 2015-2019, suscrita con la organización sindical Sintramsdes Subdirectiva Bogotá, señalan la obligación de la vinculación de los trabajadores a través de contrato a término indefinido, accediendo a ello mediante concurso de mérito, las normas citadas disponen....”** (fl172).

De manera que cualquier intento de fijación del litigio, obviando el argumento de defensa, como parece entender la recurrente tenía que hacer la Juez; no solo vulneraría el derecho a la defensa, sino que entorpecería el verdadero objetivo de la justicia, que es encontrar la verdad y realidad de lo planteado.

Finalmente, no sobra como se anunció citar una reciente sentencia proferida por la CSJ, SL2470-2020 Radicación N° 69529 de veintitrés (23) de junio de dos mil veinte



(2020). En donde expresamente y al respecto se indica y aclara como el respeto a la fijación del litigio solo surge ante aspectos en los que las partes estén de acuerdo que como se itera no lo fue en este caso.

Señaló la Corte:

“ (...)

Tal la afirmación, debido a que, en ese contexto, se sigue que el Tribunal, en relación con el principio de congruencia, consideró que su decisión debía sujetarse a la demanda y a la contestación, como lo relató, pero que, además, debía permanecer fiel a la fijación del litigio que las partes realizaron en la audiencia del artículo 77 del CPTSS; situación que al constituir una aplicación tácita de la norma, según lo adocinado por la jurisprudencia, destierra la ocurrencia de la modalidad denunciada por la impugnación, tal como se dijo en la sentencia CSJ SL1381-2019, que orienta: Aunado a lo anterior, la promotora sostiene que el quebrantamiento de la ley, se dio por «vía directa por infracción del Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 24 artículo [...], de donde entiende la Sala, que se refiere a la infracción directa de dicho precepto, lo que no pudo ocurrir, por cuanto este sub motivo de violación se produce cuando el Juez ignora la existencia de la norma, o se rebela contra ella, negándose a otorgarle validez y dejando de aplicarla, lo cual no se advierte sea lo sucedido en el sub examine, toda vez que la normativa acusada, fue en parte el fundamento de la decisión y con base en el cual dio solución a la controversia; en ese orden, lo único que podría atribuírsele el juzgador de segundo nivel respecto de esta, es de haberla infringido bajo los sub motivos de interpretación errónea o de aplicación indebida, pero por haber soslayado su aplicación.

“ (...)

Y continua así:

“ (...)

Ahora, en el ámbito procesal, aquel principio también tiene raíces constitucionales, ancladas evidentemente en el Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 30 debido proceso del artículo 29 superior, imponiendo obligaciones a las partes y al Juez, que se traducen en el deber de comportarse en el litigio de forma solidaria y de buena fe (artículos 95 – 7 y 83 de la CN y 49 del CPTS) y en la correlativa prohibición al fallador de no invadir derechos y cargas procesales, como tampoco desconocer la iniciativa de los contendientes, determinada en la fijación del tema del conflicto, ni definir la controversia a partir de hechos no aducidos en el proceso, salvo si llega a advertir colusión o fraude. En tal sentido, lo consideró la Corte en las sentencias CSJ SL466-2013 y CSJ SL17447-2014, al precisar, en la primera que: [...] al Sentenciador de segundo grado no le correspondía en este asunto entrar a verificar la condición de cónyuge de la demandante, como quiera que este puntual aspecto no era objeto de debate, y por el contrario fue un hecho aceptado por el Instituto demandado desde la contestación de la demanda inaugural. Por ende, dicho aspecto no se constituyó en un presupuesto de las excepciones para no haberse reconocido en su momento la pensión de sobrevivientes. [...] De otra parte, resulta pertinente recordar lo estatuido en la CN Artículo 95-7, en cuanto al deber que tiene todo ciudadano de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia, lo que significa que los reparos que las partes puedan tener en el trámite de un debate, deben ser esgrimidos en las oportunidades que la ley adjetiva establece para ello, y que en materia del



proceso laboral para el demandado están determinadas en la contestación de la demanda inaugural cuyos requisitos están previstos en L. 712/2001 Artículo 18, que modificó el CPT y SS Artículo 31. Del mismo modo, en torno al principio de la lealtad procesal, consagrado en los artículos 25, 31 y 49 de la misma obra instrumental, ha dicho esta Corporación que no sólo la fundamental garantía del debido proceso, sino también el deber Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 31 de lealtad procesal que debe existir entre las partes, obligan a que los litigantes expresen con claridad los hechos en que funden sus pretensiones cuando se actúa como demandante, o de sus excepciones, cuando al proceso se acude como demandado, para que sobre estas bases procesales claras y debidamente determinadas el Juez, procediendo de manera igualmente leal con los contendientes, resuelva el conflicto de intereses jurídicos que los enfrenta, sin salirse de los términos en que se traba la relación jurídico-procesal. Esto es, los supuestos fácticos afirmados en la demanda, sus correcciones o adiciones y las pretensiones oportunamente planteadas, y los hechos aseverados en la contestación de la demanda y los que fundamenten su defensa o las excepciones propuestas, o que resulten debidamente probados, cuando se trata de aquéllos que no requieren de proposición expresa (Sentencia CSJ, 10 de octubre de 1994, Rad. 6864). [...] Por último, aprovecha la Corte para llamar la atención a jueces y tribunales sobre la obligación de decidir de manera congruente con los temas que realmente son controvertidos en los procesos laborales. **En principio, al Juzgador le está vedado entrar a estudiar aquellos puntos en los que existe acuerdo entre las partes o no son materia de discusión, a menos que se advierta colusión o fraude. Lo argumentado por las partes y la manera como se traba la relación jurídico procesal, indican qué materias están por fuera de controversia en las instancias, y obligan al Juez a confinar el debate solo a aquellos aspectos que, según el marco acotado por ellas, verdaderamente requieren de esclarecimiento. Es decir, la decisión que él profiera debe versar sobre los puntos que se han cuestionado por los sujetos procesales. De ahí que si el demandado no discute una afirmación del actor, o un hecho, el Juez laboral no podrá desconocerlos por su propia iniciativa y exigir alguna prueba determinada para corroborar su existencia, con el argumento –por ejemplo, y como sucedió en el presente caso–, de que ellos deben ser objeto de prueba calificada. Si así lo hiciera, estaría violando los principios del debido proceso e iría en contra de la presunción de buena fe de las partes, salvo que existiera alguna duda fundada, se evidenciara una situación dolosa, ilegal o fraudulenta, o fuera necesaria la protección de derechos fundamentales, para lo cual el Juez cuenta con las facultades de oficio establecidas en la legislación procesal. Y en la segunda, que: No debe perderse de vista que conforme a los principios de confianza legítima y respeto al acto propio, que emanan del Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 32 postulado de la buena fe (artículo 83 CN), las autoridades tienen la obligación de preservar un comportamiento consecuente, coherente y no contradictorio; lo que implica que si en un caso concreto, una entidad fija una posición frente a un determinado asunto, que establece en cabeza de un particular una expectativa en el sentido de que frente a actuaciones posteriores se respetara la palabra dada, no es posible que de forma intempestiva y sin justificación alguna, se cambie, en afrenta a su acto propio. Naturalmente, ello se proyecta en el ámbito judicial, dado que sobre esas bases que el administrado razonablemente da por pacíficas o por superadas, es que va a cimentar su demanda. De esta manera, lo que se busca es que el ciudadano tenga la confianza que en el medio jurídico en el cual se mueve es estable y previsible, al punto que, si su solicitud pensional se le niega por un motivo, tenga la certeza de que en verdad fue por esa razón, y desde esa perspectiva, pueda cuestionar la decisión ante la jurisdicción y en su defensa la entidad pueda defender su postura, bien sea con los mismos argumentos o con otros diferentes. Por ello, en este asunto la equivocación del Tribunal salta a la vista, pues tergiversó el problema jurídico que debía resolver y que le habían planteado las partes ab initio,**



tanto en la demanda como en su contestación, violando con ello derechos y garantías fundamentales, razón más que suficiente para casar la sentencia. En consecuencia, esa exigencia de congruencia, no es un aspecto que deba verificarse, exclusivamente, en relación con la demanda y su contestación, porque dado su carácter transversal y relacional, en tanto que, en su definición importa tanto el acto propio, por mencionar el previo al litigio, como la conducta procesal que la parte vierte en cada una de las etapas del trámite, requiere de una evaluación integral y armónica del proceso, porque, en otras palabras, el conflicto planteado y la fidelidad que la sentencia debe guardar con él, atañe con la controversia propuesto desde las aristas fácticas de las piezas procesales, pero también, con la que probatoriamente se va decantando en las oportunidades en que los contendientes hacen uso del principio dispositivo que cimenta el que se analiza, es decir, por mencionar algunos Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 33 ejemplos, en la que se fija en las audiencias y la que se define en los recursos. En relación con esa vinculación entre la congruencia y la etapa de fijación del litigio, por ejemplo, la Corte en la sentencia CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, consideró: En la audiencia pública celebrada el 11 de junio de 2003, el Juez del conocimiento fijó el litigio en los siguientes términos: “Conforme a lo manifestado en los hechos de la demanda, su contestación la prueba documental anunciada e incorporada en el escrito de demanda se tiene que: “Que entre el demandante y el IDRD, se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de celador, desde el 12 de octubre de 1994, el cual culminó con carta de despido del 2 de Mayo de 2001 (folio 40) recibida el 8 de Mayo de 2003 (folio 35)”. De lo anterior surge con suficiente claridad que la afirmación del demandante en cuanto a la calidad de trabajador oficial ostentada, no fue discutida por la entidad demandada; por el contrario, aceptó expresamente esa calidad laboral invocada por el actor. Siendo ello así, el tema relacionado con la naturaleza del vínculo laboral que unió al demandante con la entidad oficial accionada quedó por fuera de discusión en las instancias, lo cual hace que, al involucrarlo el Tribunal en sus consideraciones, se esté frente a una situación de incongruencia en la decisión judicial, pues el debate estaba limitado a establecer si era procedente o no el reintegro convencional del promotor del pleito y sus consecuencias laborales, dada la postura del ente oficial demandado, ya que la condición de trabajador oficial, como se vio, se aceptó y no fue materia de controversia. [...] **Por lo tanto, la razón está de lado de la censura, si se tiene en cuenta que esta Corte ha sostenido que a los jueces no les está permitido entrar a estudiar aquellos puntos en los que existe acuerdo entre las partes, a menos que se advierta colusión o fraude, pues obviamente aquellos están por fuera de la controversia.** También ha explicado que el Juez de apelación sólo puede examinar aquellos puntos que son materia del recurso. Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 34 Mientras que, en la sentencia CSJ SL9013-2017, destacó: En el hecho 2 de la demanda, el accionante afirmó que «En razón al cargo que desempeñaba el actor en SIDELPA, siendo este, trabajador dedicado a realizar actividades que implicaban exponerse a altas temperaturas, entre otros, Fundidor, Hornero, en ocasiones presentó accidente de trabajo (...)), el Instituto de Seguros Sociales respondió, sin vacilación, ni aclaración alguna «Es cierto y lo acepto». En la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, una vez fracasó el intento de conciliación y se surtió la fase de saneamiento, en la fijación del litigio, el Juez hizo constar que la entidad se ratificaba en «las consideraciones de hecho y de derecho vertidas en la contestación de la demanda». Obvia consecuencia de lo destacado es que el requisito de tiempo de exposición a altas temperaturas quedó fuera del debate probatorio desde el inicio del proceso, dada la confesión espontánea de la entidad de seguridad social, vertida en el escrito de contestación a la demanda, además de su ratificación en la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. Así lo tiene adoctrinado esta Sala de la Corte, por ejemplo, en sentencia 25844 de 13 de septiembre de 2006, al discurrir de la siguiente manera: Además, obviamente



que el Sentenciador, al revisar toda la actuación procesal surtida, tendrá que ceñirse a lo plasmado en la audiencia de conciliación, y a la forma como quedó en definitiva la fijación del litigio, conforme con el artículo 77 del C. P. del T. y la S. S., modificado por el 39 de la Ley 712 de 2001. Pero, esa última etapa procesal, tal cual lo prevé la citada normatividad, tiene por finalidad que el Juez del conocimiento requiera a las partes y a sus apoderados "... para que determinen los hechos en que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial..", y "... si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito...". En consecuencia, no se trata de una oportunidad procesal para modificar, variar, enmendar o corregir la demanda, sino que en esa fase de fijación del litigio se descubren los puntos sobre los cuales versa el proceso, al desechar las reclamaciones conciliadas y los hechos admitidos expresamente por las partes, caso este en el cual, tales pretensiones y tales hechos no serán objeto final del pronunciamiento judicial, por haber quedado fuera Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 35 de controversia; mientras que los aspectos pendientes, serán decididos en la correspondiente sentencia, pero obviamente con sujeción a la demanda, su reforma y a la respuesta de la parte accionada, vale decir, sin salirse de esos límites impuestos legalmente. Y recientemente, en la sentencia CSJ SL2010-2019, concluyó: [...] el proceso laboral debe ser visto como un conjunto de actos y reglas encaminados a lograr la administración de justicia y la adjudicación del derecho, que se ve permanentemente atravesado y delineado por un continuo diálogo de sus interlocutores y una importante labor de dirección por parte del Juez. En ese devenir, la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso. Con tales fines, el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido. Así, por mencionar algunos de dichos instrumentos, en el proceso ordinario laboral se le exige a la parte demandante la indicación de lo que pretende, expresado con precisión y claridad, junto con la relación de los hechos y omisiones que le sirven de fundamento y las pruebas que pretenda hacer valer (artículo 25 del CPTSS); a la parte demandada le es imperioso pronunciarse explícitamente sobre esas pretensiones y hechos, aclarando las razones de su respuesta (artículo 31 del CPTSS); y, en el curso de la primera instancia, una vez trabada la relación jurídico procesal, el juez debe fijar el litigio (artículo 77 del CPTSS), que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes (Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016). En adelante, la ley cuida que todas las actuaciones procesales guarden fidelidad con esa materia del litigio previamente fijada, de manera que en el trámite se desarrolle un debate coherente, judicialmente dirigido y con la seriedad y altura propias de la digna tarea de administrar de justicia. Para esos fines, el legislador [...] obliga (al Juez del Trabajo) a que su sentencia definitiva esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, igual que con las excepciones alegadas Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 36 y probadas. (Ver principio de congruencia, artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso. Igualmente, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad.



30207). [...] En iguales términos, antes y después de la entrada en vigencia de Como ya se dijo, a partir de esta gama de institutos procesales, el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa. A este propósito contribuyen otro tipo de principios como el de buena fe, la confianza legítima y el respeto de los actos propios, que constituyen importantes exigencias de lealtad en el actuar procesal de las partes (CSJ SL13256-2015 y CSJ SL870-2018). En ese sentido, en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a las partes, además de un correlato de derechos fundamentales de gran importancia, como el debido proceso. Vale la pena aclarar, no obstante, que estas reglas procesales encuentran excepciones precisas en las facultades del Juez de primera instancia de emitir fallos ultra o extrapetita; en el grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador y de ciertas entidades del Estado; y, en general, en el imperativo de hacer prevalecer el derecho sustancial en tratándose de derechos mínimos fundamentales e irrenunciables de trabajadores y afiliados al sistema de seguridad social. De donde, sí en la oportunidad que la ley adjetiva otorga a demandante y demandado para establecer los hechos en los que están de acuerdo, es decir, para definir el camino probatorio, prescinden válidamente de uno de ellos, esto es, sin que se advierta colusión o fraude o menoscabo de las garantías mínimas irrenunciables, no podrá el Juzgador reclamar su acreditación y, por ende, tampoco examinar el litigio desde ese aspecto, so pena de infringir el mentado principio de congruencia. Por lo anterior, frente a la premisa indiscutida por la Radicación n.º 69529 SCLAJPT-10 V.00 37 censura, de que en la fijación del litigio, las partes aceptaron la existencia de dependencia económica de MARTHA LUCÍA MUÑOZ MEJÍA a su hijo, Willer Alejandro Ospina Muñoz, no pudo el sentenciador proferir una decisión incongruente, como se le acusa, al considerar que no era posible inmiscuirse en ese aspecto del debate, aun cuando, inicialmente así se hubiera controvertido.....”

Resuelto lo anterior la Sala se pronuncia sobre el otro argumento que ya no cuestiona por decirlo así la legalidad del fallo, sino que insiste en que el demandante tiene derecho a que contrato sea a término indefinido a la luz de lo establecido en las cláusulas 57 y 58 de la Convención de 2015, sin que este obligado a concursar, sin que se haya cuestionado la relación laboral entre el demandante y la empresa de servicios públicos demandada a través de contratos de trabajo a término fijo, para desempeñarse en el cargo de profesional especializado desde el 2 de enero de 2013 y según consta en la documental visible a folios 5 y siguientes del expediente.

Al respecto esta Sala se ha pronunciado en casos de idéntico análisis, mediante sentencia por ejemplo de julio 30 de 2021 proceso 32-2019-633, en la que se expresó:



“(....)”

Así las cosas, corresponde analizar las disposiciones convencionales cuya aplicación invoca la parte demandante, a efecto de determinar si como este lo indica, su vinculación es a término indefinido; siendo la primera de estas el artículo 57 del cuerpo convencional en mención que señala en cuanto a la vinculación de los trabajadores de la demandada:

Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores, entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón.

Por su parte, el artículo 58 indica:

La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional, la empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en lo eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de los contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de los cuales se realizan.

Así mismo, se autoriza en caso de vacaciones definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar. (...)

De las normas convencionales antes transcritas, en especial el artículo 57, en el que se señala con claridad que los trabajadores que venían a la firma de dicha convención vinculados con la demandada como es el caso de la demandante, serían vinculados con contrato a término indefinido, se podría concluir en principio que la vinculación a término fijo de la demandante en realidad corresponde a término indefinido por virtud de dicha disposición.

No obstante lo anterior, conforme se verifica del primer contrato suscrito por la demandante con la demandada visible a folio 19 del plenario, la vinculación de la demandante tuvo como objeto el adelantamiento de los estudios correspondientes para definir el modelo público de gestión comercial operativa y social de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, señalándose que por ello se hacía necesario la suscripción de contratos a término fijo por el periodo de 6 meses, conforme los artículos 23 a 25 de la convención colectiva 2012 – 2014, la que no fue aportada al plenario.

*Así las cosas, se tiene que para la fecha de vigencia de la convención colectiva 2015 – 2019, cuya aplicación se deprecia, el contrato laboral de la demandante se encontraba vigente pues como se indicó, el primero de ellos se suscribió el 1 de marzo de 2013, quedando igualmente demostrado que se prorrogó en múltiples ocasiones de manera ininterrumpida como se observa de folios 21 a 26 del plenario, prestación del servicio por virtud de dicho contrato que tuvo lugar hasta el 30 de noviembre de 2015 (fl. 26); observándose a folio 24 que la prórroga de dicho contrato obedeció a la ampliación de la vigencia de la **planta provisional** de cargos de trabajadores oficiales*



para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa creada por el Acuerdo 23 de 2012.

De igual forma, a folio 27 obra suscripción de nuevo contrato a término fijo entre la demandante y la demandada con fecha de inicio del 2 de diciembre de 2015, que también ha sufrido diferentes prórrogas como se observa de folios 30 a 32 del plenario.

Conforme lo señalado en precedencia, se itera que si bien a la firma de la convención colectiva 2015 – 2019 el contrario primigenio que unió a las partes en litigio se encontraba vigente, lo cierto es que este feneció el 30 de noviembre de 2015, de tal manera la nueva vinculación que tuvo lugar a partir del 2 de diciembre de la anualidad en mención se realizó en vigencia de dicho acuerdo convencional, sin que se haya alegado o se advierta unidad contractual alguna entre dichos vínculos, razón por la cual observa la sala que no puede predicarse que dicha vinculación de la demandante sea a término indefinido en los términos del artículo 57 de la convención tantas veces citada, siendo pertinente resaltar que tales instrumentos deben interpretarse de manera integral y la aportada al plenario regula en los artículos 38 a 58 disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y conformación de la planta de la EAAB, que deben ser analizadas de manera sistemática y que señalan en lo que interesa a este asunto:

CAPITULO V ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EABESP: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos. **Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva.** Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva. Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de



la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EABESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

(...)

Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo. (...)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES RAD. 110013105-020-2019-00667-01 11 Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, **para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. (...)**

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.



PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015). **ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA:** La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EABESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)». (Negrilla fuera del texto original)

En desarrollo de las anteriores normas, el artículo 53 de la convención analizada, dispone la creación de concurso de méritos dentro de la demandada para proveer las vacantes del personal bajo la modalidad a término indefinido que resulten de la adopción de la planta de personal definitiva, señala dicha disposición:

ARTÍCULO 53. CONCURSO DE MÉRITOS POR UNA ÚNICA VEZ PARA PROVEER LAS VACANTES QUE RESULTEN DE LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL. Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así Primera Convocatoria: Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria. (...)

Es así como del clausulado transcrito se logra determinar que si bien la demandada estipuló la contratación de sus trabajadores en la modalidad a término indefinido, salvo las excepciones previstas en los artículos 57 y 58 del instrumento convencional bajo análisis, en el mismo y como lo indica la demandada en sus alegaciones, se pactó por las partes que los trabajadores que venían laborando para la época en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, terminarían su contratación para ser vinculados nuevamente a partir del 1 de diciembre de 2015 en planta de personal **permanente** de la demandada, mediante contratos a término fijo inicialmente por 13 meses y prorrogables durante la vigencia del régimen de transición antes descrito, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020, quedando demostrado como se dijo al inicio de las consideraciones de este pronunciamiento, que



la demandante fue contratada para desempeñarse en dicho proceso, como se corrobora entre otros a folios 19 y 24 a 26 del plenario.

De igual manera y como lo indica la recurrente también en sus alegaciones si bien mediante el Acuerdo 024 del 20 de noviembre de 2015 aportado por la demandante a folio 108 del plenario y que modificó el Acuerdo 12 de 2007, se crea al interior de la demandada una planta de personal de 1193 cargos oficiales vinculados a través de contrato a término indefinido para garantizar la prestación de las actividades de operación comercial, operativa de acueducto y de gestión social en forma permanente y continua; lo cierto es que durante la vigencia del régimen de transición pactado convencionalmente, se le permitió a esta la provisión de dichos cargos a término fijo con el fin de garantizar el adelantamiento del respectivo concurso de méritos para proveer de manera definitiva los mismos.

Es así como atendiendo las condiciones particulares de la vinculación de la demandante, resulta claro que esta se aviene a lo previsto en el artículo 51 de la Convención Colectiva aportada, como quiera que fue en ella donde se pactó que la planta transitoria, a la cual se encontraba vinculada la actora, fenecía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato primigenio suscrito con la demandada y si bien como se señaló fue contratada nuevamente a partir del 2 de diciembre de 2015 para desempeñar el mismo cargo esto es, el de Tecnólogo Administrativo nivel 30, lo cierto es que esta vinculación bajo la modalidad a término fijo estaba autorizada por el acuerdo convencional, ya que se itera, quedó demostrado que dicho cargo pertenecía a la anterior planta provisional, siendo creado de manera definitiva según el artículo primero del ya referido Acuerdo 024 de 2015 al que le está encargado «la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social», a las que se refiere el denominado régimen de transición previsto en el artículo 51 de la convención bajo análisis y que permite «transitoriamente» la vinculación de este grupo de trabajadores a través de contrato a término fijo.

Por último, resulta pertinente indicar a la recurrente que la decisión de primer grado no permite concluir que se haya fallado de manera favorable a los intereses de la demandada, pues analizada la convención colectiva cuya aplicación se invoca, la creación del régimen de transición previsto en esta, lejos de desconocer los derechos de los trabajadores vinculados a la fecha de adopción de esta, garantiza la igualdad de oportunidades a estos para el acceso al trabajo, para lo cual como se vio, se diseñó el sistema de concurso de méritos en virtud del cual, los trabajadores con contrato a término fijo tienen la posibilidad de participar en él en aras de acceder a las vacantes a través de contrato a término indefinido.

Por los anteriores razonamientos, habrá de **confirmarse** la sentencia recurrida....”

De manera que la Sala reitera sus argumentos siendo claro que tal y como señaló la Juez el cargo del demandante era de la planta provisional, podía ser celebrado a término fijo y para que pueda en la planta definitiva ser a término indefinido deberá el actor participar en el concurso que como indicó la Juez, fue el querer de las partes que suscribieron la convención en respeto no solo a la misma estabilidad de los trabajadores sino del ingreso de carrera adecuado, se itera pactado y que surge



efectivamente del análisis integral de la convención; sin que pueda admitirse que el régimen de transición desaparecido o no en 2020, implique que no se aplique a situaciones anteriores como la del actor.

Por lo expuesto se confirma la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 32-2019-427-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SONIA ESPINOSA CUÉLLAR

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de mayo de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora SONIA ESPINOSA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad o



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ineficacia del traslado que efectuara del RPM al RAIS, que continúa vinculada al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticona se ordene a Porvenir S.A., a proceder con el reporte de dicha novedad en el registro SIAFP, quedando como válidamente afiliada a Colpensiones, debiendo igualmente trasladar a esta última todos los aportes con rendimientos, frutos e intereses, bonos pensionales y sumas adicionales depositadas en su CAI a órdenes de Colpensiones, ordenando a esta última recibir tales aportes reactivando su afiliación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ingresó a laborar a favor de entidades del sector privado de forma continua desde el año 1985 y hasta la fecha, que según historia laboral se vinculó al RPM a través del ISS entre el 24 de mayo de 1985 al 28 de febrero de 1999, que en la AFP Porvenir efectuó cotizaciones desde el año 2000 en adelante y sin que se haya vinculado a dicha administradora; indica que para la época del traslado que efectuara a Colpatria, su voluntad para el efecto se encontraba restringida ante la falta de suministro de información respecto a las consecuencias que le acarrearía dicho traslado.

Afirma que el asesor de Colpatria, le sugirió que firmara el formulario de afiliación a dicha AFP, acto que no estuvo precedido de una información real, clara, cierta, comprensible y suficiente acerca de las consecuencias de cambiarse de régimen pensional, por lo que tal decisión no estuvo precedida de dicha información y por ello fue asaltada en su buena fe, al no habersele indicado entre otras cuestiones los requisitos para pensionarse en ambos regímenes.

Refiere por último que para promover su traslado al RAIS, le indicaron que el ISS iba a ser liquidado, que elevó reclamación administrativa ante Colpatria hoy Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUÉLLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4 y 18, y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia de condena en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público,

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó los contenidos en numerales 5, 8 a 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante SONIA ESPINOSA CUÉLLAR a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., de fecha 4 de marzo de 1999.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con rendimientos y lo descontado por gastos de administración.

CUARTO.- **ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante SONIA ESPINOSA CUÉLLAR como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que la Ley 100 de 1993, había definido dos regímenes pensionales, el RPM y el RAIS y en su artículo 13 establecía las características del régimen general de pensiones estableciendo que la afiliación era obligatoria y para ello, los afiliados debían escoger de manera libre y voluntaria a cuál de los dos regímenes querían pertenecer, norma que fijaba un límite temporal para el traslado entre regímenes, que dicha Ley definía igualmente las sanciones a la violación de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

libertad de escogencia de régimen pensional y el deber de información existía desde la creación de los fondos de pensiones como lo había señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siéndoles aplicables a los fondos privados las previsiones del Decreto 663 de 1993.

Que dicha corporación desde el año 2008, ha sentado las bases respecto del cumplimiento del deber de información y la carga de la prueba en estos escenarios, la que le correspondía a los asesores de las AFP, quienes debían informar a los posibles afiliados todas las consecuencias del traslado de régimen, jurisprudencia que había venido evolucionando para señalar que el consentimiento informado no se probaba con la simple suscripción del formulario de afiliación, que los traslados entre administradoras del RAIS, no convalidaban el primigenio sin la debida información, que la acción tendiente a la declaratoria de ineficacia de traslado era imprescriptible y se podía ejercer independientemente de si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición.

Que en el proceso obraban documentos que daban cuenta que la demandante se había afiliado al ISS entre mayo de 1985 a marzo de 1999, para un total de 693 semanas cotizadas al RPM, que obraba formulario suscrito por esta en el año 1999 a la AFP Colpatria, que de igual formaba obraba formulario de afiliación a pensiones voluntarias al Fondo Horizonte de marzo de 2002, que se resaltaba que no se contaba con documentos adicionales al formulario de afiliación diligenciado en el acto del traslado y la actora al rendir interrogatorio de parte había señalado que al lugar donde trabajaba se presentó un asesor de Colpatria, quien iba con los formularios diligenciados y sin brindarles información alguna, se los entregó para que los firmaran, para lo cual únicamente les afirmó que el ISS se iba a acabar y suscribió el formulario por temor a perder sus aportes, aunado a ello le dijeron que se podía pensionar a cualquier edad, aceptó haber efectuado aportes voluntarios, lo que fue sugerido por su empleador, retirando posteriormente dichos aportes y sólo con el paso del tiempo se percató de que no se le había informado las consecuencias reales de su traslado; por lo que de conformidad con dichas pruebas, habría de accederse a la pretensión



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

principal de declaratoria de ineficacia de traslado y si bien Porvenir reportaba aportes de la demandante desde el año 2000, ello se debía a la fusión de esta AFP con Colpatria.

Indicó que conforme las pruebas allegadas al proceso y la línea jurisprudencial proferida al abordarse el estudio de estos asuntos, la que había establecido una serie de parámetros a verificar en cuanto al deber de información el que existía desde la creación de las AFP, correspondiéndoles a estas últimas probar dicho suministro al afiliado, que para el caso de la demandante quien se trasladó al RAIS en el año 1999, se estaba ante la primera etapa del deber de información, que comprendía ponerle de presente las características, condiciones, acceso y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, de igual forma se había señalado que el consentimiento informado no se acreditaba con la suscripción del formulario de afiliación y para el caso de la demandante, sólo se le había indicado que el ISS se iba a acabar y por ello de su interrogatorio no se podía extraer confesión alguna, ya que no se determinaba con él que la demandante contara con la información clara respecto de las consecuencias y características de pertenecer a uno u otro régimen, concluyéndose así que Colpatria hoy Porvenir no había cumplido con el deber de información antes estudiado.

Indicó que si bien la demandante había realizado aportes voluntarios, no había prueba de que se le hubiera explicado en qué consistían dichos aportes voluntarios, ya que negó tener conocimiento de ello. Señaló por último que no salían avantes ninguna de las excepciones propuestas y en cuanto a la de prescripción, la jurisprudencia aplicable señalaba que estos asuntos versaban sobre derechos de naturaleza pensional, no operando sobre ellos el fenómeno prescriptivo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso que la parte motiva de la decisión se apoyaba en las decisiones que se han adoptado respecto de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ineficacia de traslado en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; no obstante ello, dicha línea jurisprudencial se ha referido a los casos de personas que se encuentran en una situación particular, esto es, que tenían beneficios pensionales consolidados previo al momento de traslado de régimen pensional, lo que conllevó a que con el traslado renunciaran a dichos beneficios; que para el caso de la demandante, su traslado en el año 1999, no le había generado la renuncia de ningún beneficio pensional ya que no era beneficiaria del régimen de transición a efectos de considerar que se le generó un perjuicio con su traslado.

Indicó que el cúmulo de semanas que tenía la demandante al momento de su traslado al RAIS, no era un criterio para la declaratoria de la nulidad de traslado ya que tal densidad en ningún momento ha sido considerada por Ley como un impedimento legal para la realización de un acto jurídico como lo es el traslado del régimen y para la data en que se realizó en la actora, tampoco estaba inmersa en la única prohibición legal contemplada en la Ley para el efecto, por lo que dicho acto cumplía con los requisitos de carácter legal, ya que se comprobó la primera etapa que era la acreditación de la voluntad por escrito el artículo 13 de la ley 100 de 1993 con la suscripción del formulario afiliación por parte de la demandante a la AFP Colpatria, no existiendo para la época la obligación de plasmar ningún tipo de información de manera documental por parte de las administradoras, no siendo de recibo hacer una atribución de la carga probatoria total a esa administradora y más aún cuando el traslado realizado por esta no le generó un perjuicio frente a su situación pensional.

Por su parte **Colpensiones**, recurrió señalando que con la sentencia proferida no se había tenido en cuenta el principio de relatividad jurídica en el entendiendo de que Colpensiones era un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP Porvenir S.A., teniendo en cuenta que todos los actos jurídicos tenían efecto Inter partes con lo cual independientemente de la decisión tomada, Colpensiones no podía ser perjudicada con la misma pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por la demandante, razón por la que no se le podía condenar a recibir



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUÉLLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

nuevamente a la demandante como afiliada al RPM ya que con esta decisión se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones como la sostenibilidad financiera el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, debiéndose tener en cuenta el impacto en el PIB y en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

Solicitó que de mantenerse la decisión en los términos señalados, se condenara a las AFP que incumplieron el deber de información el pago a favor de Colpensiones los perjuicios económicos que se generan en virtud a la teoría del daño del derecho civil, esto es que quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero como en este caso Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora SONIA ESPINOSA CUÉLLAR, se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la entonces Colpatria hoy Porvenir, el 4 de marzo de 1999, como se verifica de copia dicha documental, allegada por esta demandada junto con contestación obrante en expediente digital.

Sobre el particular, se tiene que en esta oportunidad se petitionó la nulidad o ineficacia de traslado, siendo pertinente estudiar lo solicitado a la luz de la figura de la ineficacia, como quiera que se alega la falta al deber de información en dicho acto de traslado; figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUÉLLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto de que a la señora Sonia Espinosa Cuéllar, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la entonces Colpatria hoy Porvenir S.A., fondo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

al que se trasladó la demandante en dicha oportunidad, siendo dicho traslado el primigenio que realizara al RAIS faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a esa AFP, probar el suministro de dicha información a la señora Sonia, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió como lo reitera la parte demandante en sus alegaciones.

Es así como contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en sus alegaciones, el suministro de la información al afiliado en el acto de traslado, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular de la demandante, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se reitera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

De otra parte, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien lo alegó, la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** escenario en el cual, no se requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora bien, tampoco le asiste razón al argumento de Porvenir S.A., según el cual, la ineficacia del traslado de régimen únicamente opera para los beneficiarios del régimen de transición o quienes tenían beneficio pensional consolidado, ya que el deber de información a que se alude debe ser suministrado a **todos** los afiliados, como en efecto lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otros en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De igual forma no sale adelante el argumento planteado en alegaciones por parte de la APF Porvenir, respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Por lo anterior, tal punto no será objeto de modificación.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, esbozado en recurso y alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que dichos aportes y demás conceptos objeto de traslado, pasarán a conformar el fondo común propio del régimen que administra.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto; circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio, ya que durante el trámite procesal y contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso, no se demostró que la demandante ostentara la calidad de pensionada, escenario que llevaría a análisis distinto.

Finalmente, conforme lo indica Colpensiones en su recurso esta Sala considera que hay lugar a DECLARAR que esta administradora puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en el que se **adicionarán** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190042701 Dte: SONIA ESPINOSA CUELLAR, Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2019-044-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA URIBE GUARÍN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades demandadas y la parte demandante, esta última solicita se confirme la sentencia proferida en primera instancia.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA GUARÍN actuando por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado que realizara a Porvenir S.A., por no existir una decisión informada, ya que no le fueron informados los riesgos y consecuencias negativas que dicho traslado le acarrearía, que dicha AFP no le informó respecto de los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo, solicita como consecuencia se declare la nulidad del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

traslado realizado a esa AFP, ordenándole trasladar todos los aportes por ella realizados junto con rendimientos a órdenes de Colpensiones y a esta última a reactivar su afiliación al RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 22 de enero de 1965, que se encontraba afiliada al RPM, al que cotizó para los riesgos de IVM desde el 9 de julio de 1987, que se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir S.A., el 1 de junio de 1994, que dicha AFP al momento de tramitar su afiliación no le brindó la información completa acerca del RAIS, que le informó sobre las ventajas de afiliarse a dicho régimen, más no sobre las desventajas que le podría acarrear dicha decisión; afirma que el 27 de septiembre de 2005, se trasladó a Colfondos S.A., AFP que tampoco le brindó toda la información referente a su traslado, la que no sólo comprendía las ventajas de dicho régimen, que actualmente cuenta con 54 años de edad.

Refiere que el 13 de diciembre de 2018, elevó petición ante Porvenir S.A., solicitando los documentos con los que se promovió su afiliación, copia de historia laboral y proyección pensional de su posible mesada pensional en los dos regímenes pensionales, de igual forma, solicitó dicha documentación ante Colfondos S.A., y ante Colpensiones solicitó la nulidad de su traslado al RAIS y la reactivación de su afiliación en esa entidad, a lo que esta le respondió que su solicitud era improcedente; que Colfondos dio respuesta a su petición suministrándole copia de historia laboral y de formulario de afiliación, por su parte Porvenir S.A., no emitió respuesta alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 10 y 13 a 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y compensación.

Por su parte COLFONDOS S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 2, 7, 9, 10, 12 y 16, negó el No. 8 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, saneamiento de la presunta nulidad alegada, ausencia de vicios del consentimiento y obligación a cargo de un tercero.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 10 y 11, negó los No. 3 a 6 y 17 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora MARTHA PATRICIA URIBE del RPM al RAIS a través de Porvenir, con efectividad a partir del 1 de junio de 1994, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del RPM. Por ende también es ineficaz la afiliación hecha a Colfondos a partir de noviembre de 2005.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos a que transfiera las sumas de dinero que obren en la cuenta de la demandante, las comisiones que recibió por haber administrado los dineros, junto con los valores correspondientes a rendimientos, comisiones por administración, sin que se haga descuento alguno por conceptos que haya pagado por seguros de pensión de invalidez y sobrevivientes, todo remitido al RPM administrado por Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a Porvenir S.A., a que remita a Colpensiones las comisiones que recibió por haber administrado los dineros de la cuenta de la demandante entre el 1 de junio de 1994 al 30 de octubre de 2005.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones reciba todos los dineros que tratan los numerales anteriores y reactive la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEXTO: AUTORIZAR a Colpensiones para que inicie las actuaciones civiles y administrativas a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de Porvenir S.A. y Colfondos. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

El problema jurídico consiste en determinar si el traslado que hizo la demandante de régimen de prima media a individual a través de la hoy Porvenir y con fecha efectiva a partir del 1 de junio del 1994 fue libre y voluntario tal como lo prevé el art 13 de la ley 100 del 93 el mismo resulta ineficaz entre la inobservancia de dicho precepto, lo propio se estudiará en cuanto al traslado realizado a Colfondos S.A.

El despacho pasa a resolver el problema jurídico abordando tres ítems a saber el primero; En que consiste en esa expresión de libre y voluntaria que establece el Art 13 de la Ley 100 de 1993, el segundo, a quién le corresponde la carga de la prueba y el tercero, el estudio del caso en concreto.

Para abordar estos ítems el despacho se basara en las siguientes sentencias: 31989 de 2008, SL 4964 de 2018, SL 1552 de 2019, SL 1688 de 2019, SL881 de 2020, SL985 de 2020, ST59356, STL59476 estas del 2020 y la STP2082 del 2019. Entonces el primer ítem es decir en que consiste esa decisión libre y voluntaria, el despacho debe señalar que se trata o cuando la norma establece eso va más allá y es no en el sentido que se haya suscrito ese formulario sin una presión, sin una fuerza sino que debe estar antecedido esa suscripción del formulario de una debida información que debe adecuarse dependiendo la norma que se encuentre vigente en el momento en que se hiciera las afiliaciones, en ese orden desde la ley 100 del 93 las entidades administradoras han tenido la obligación de dar una información conforme al principio de transparencia tal como lo establece el decreto 663 del 93 y bajo ese principio de transparencia se debe señalar que una información idónea y que una afiliación es libre y voluntaria cuando se ha dado una explicación de manera objetiva, completa comparada y comprensible a ese potencial afiliado al momento de la afiliación y en eso el despacho debe señalar que cuando la norma habla y así lo ha desarrollado la jurisprudencia, que es una explicación objetiva no se trata única y exclusivamente de brindar las bondades que tiene el régimen de ahorro individual sino establecer conforme a la situación fáctica del afiliado, si le conviene o no, irle desarrollando el camino que debe cruzar para llegar a la pensión dependiendo y reitera el despacho la situación fáctica que rodea ese potencial afiliado, en contraste con el régimen de prima media y la información comparada, porque una información comparada porque se trata de un traslado de régimen es decir se debe explicar al potencial afiliado que es lo que tiene en esos momentos, como va adquirir ese derecho pensional en el momento en que se hace el traslado y como lo va adquirir con este nuevo servicio que se le está ofreciendo y en ese orden para que solamente para que la persona pueda entender que efectivamente le conviene debe hacerse una comparación porque no puede entender cuáles son las implicaciones que el cambio le traería en su derecho pensional y comprensible bajo lo entendido y así lo señala la jurisprudencia que se está abordando a un lego en la materia.

La carga de la prueba le corresponde a las administradoras de fondos de pensiones en estos casos porque basándonos en dos normas, el artículo 1604 del código civil que establece que la parte del contrato queda abierta y no es otra que la administradora de fondos que aborda a este afiliado para tratar de convencerlo de afiliarse a ese régimen individual y es la que conoce el servicio que ofrece tanto ella como su competidora que es el régimen de prima media. También existe una norma procesal que es el artículo 167 del código general del proceso que se indica que cuando se alega la negación indefinida como estos casos que es no me dieron esa información que establece el artículo 13, le corresponde probar a la parte contra quien se alega en este caso la parte demandada Porvenir y traer las pruebas que ilustren como fue ese escenario de afiliación del demandante y si esa información cumple con el principio de transparencia que se exigía desde la ley 100 del 93 esto independientemente si se trata de una persona que hace parte del régimen de transición o tiene una expectativa legítima o no la tiene y así también



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

lo ha entendido la corte suprema de justicia específicamente en la sentencia SL1688 del 2019 fue cuando ya se empezó a decir mire esto no se aplica única y exclusivamente para las personas que tienen régimen de transición pero ha cobrado mayor fuerza con las sentencias que se han dado en la Sala Laboral y la Sala Penal, para llegar a la conclusión que no hay porque hacer distinción y estas reglas se aplican para todas las personas que se trasladan del RPM al RAIS.

La conclusión es muy sencilla si la norma no hace distinción el juzgador no puede hacer distinción y son los mismos requisitos que se exigen para el que se traslada con uno o dos días de haber cotizado al seguro social como el que se traslada en este caso con 704 semanas. En el caso concreto para aplicar ya los dos conceptos que ya se estudiaron el despacho debe señalar que la entonces Invertir hoy Porvenir en este caso no cumple con las cargas de prueba que le impone tanto la norma sustanciales como las normas procesales, en el despacho aparece dos pruebas una que es el formulario de afiliación de su simple lectura es un formulario preforma y de la simple lectura no se puede evidenciar cual fue la seriedad con la que abordó el promotor a la demandante en el año 1994, no se sabe cuál fue esa información que le dio, si se le explicó en debida forma cada paso para poder llegar a ese derecho de pensión, y el número de semanas ya cotizadas por el demandante que no era insignificante y esa situación no se evidencia de la lectura del formulario así mismo tampoco pues esa duda de la información que se le dio al demandante tampoco se evidencia como la mayoría de casos las informaciones que se le dan al afiliado son básicas sin caer en el caso en concreto, como, que tiene que hacer, igual situación sucedió con Colfondos entidad que al momento de traslado desde Porvenir le correspondía brindar dicha información y hacerle saber a la demandante respecto de la prohibición de traslado en que iba a quedar inmersa y así tener los elementos de juicio para determinar si permanecía en el RAIS o se trasladaba al RPM.

En el formulario aparece un escrito en el que se señala que se ha firmado de manera libre y voluntaria, que escoge también de manera voluntaria el régimen y también le dicen que 5 días para que pueda ejercer el retracto pues con esta simple manifestación no se puede evidenciar que hayan cumplido con ese principio de transparencia ahora si bien es que en contestar la demanda señala que el demandante tenía esa opción de hacer ese retracto el despacho siempre ha manifestado que uno no puede retractarse de algo que no sabe o no conoce a ciencia cierta y que el presume que esa información que le ha dado el asesor ha sido correcta. Por ende, el despacho entonces declarará la ineficacia en el presente asunto de la afiliación es decir accederá a las pretensiones de la demanda ordenándole a Colfondos que remita a Colpensiones los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y comisiones por administración sin que le sea dable descontar dinero alguno que haya pagado por pensión de invalidez o pensión de sobreviviente todo con destino a Colpensiones, asimismo, Porvenir debía transferir todos los dineros recibidos por comisión de administración en el tiempo que la demandante estuvo afiliado a dicha AFP, debiendo Colpensiones recibir los dineros y reactivar la afiliación que en su momento tenía la señora Martha; con estas mismas consideraciones el despacho declara no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas las que estaban tendientes a derruir la pretensión principal, respecto a la ratificación así como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede haber ratificación por el paso del tiempo no se puede ratificar un contrato que no produjo efectos jurídicos y frente a la prescripción el despacho debe señalar que al estar implícitamente ligada al principio de la acción de ineficacia al derecho pensional que se cobija bajo esa prerrogativa es decir que es imprescriptible y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en el que señala que la única prescripción que se toma en el presente asunto es la trienal y cuando se pide el reconocimiento de la pensión lo dijo la corte en otra sentencia reciente que es la SL2035 del 2020.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Frente a la devolución de sumas adicionales y gastos de administración, la misma no es procedente de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la ley 100 de 1993 ya que también en el RPM se destina un 3% de cotización para financiar estos gastos y los riesgos de invalidez y sobrevivientes al respecto, la Superintendencia Financiera en concepto del 17/01/2020 indicó en forma expresa que en los eventos en que se declare la nulidad o ineficacia de una afiliación, únicamente es procedente la devolución de aportes y rendimientos de la cuenta sin que haya lugar a la devolución de la prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la comisión por administración; frente a la condena en costas también me permito mencionar que en atención a la restricción contenida en el artículo 3 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del 2003, a mí representada le resulta imposible allanarse a las pretensiones y por lo tanto es que presentamos la respectiva contradicción frente a cada una de las pretensiones incoadas en nuestra contra.

En cuanto al pago de los perjuicios patrimoniales que menciona este despacho, no se está de acuerdo con tal condena en la medida que no existe un fundamento fáctico y jurídico para ineficacia de la afiliación que se declara ya que insistimos y reiteramos que para el caso bajo estudio, el traslado de la demandante fue una decisión libre e informada y para la fecha de la afiliación de esta al RAIS, esto es, 1996 es preciso resaltar que de acuerdo a la circular cero 19, de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia la única exigencia establecida a efectos de que se materializara el traslado de régimen pensional era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular tal como ocurre en el presente asunto de manera que mi representada cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el RAIS, se vio ratificada a lo largo del tiempo por eso es imperioso por este presente que para la fecha en la que se produjo la afiliación insiste con el año 96 de la parte demandada no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional en consideración a que esta obligación tan solo surgió a partir del decreto 1748 del 2014.

La demandada **Colpensiones** indicó en su recurso:

La demandante ejerció su derecho de libre elección del régimen pensional conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993 sin que se haya ejercido coacción o presión al momento de realizar su traslado al régimen, aunado a ello, la demandante tuvo la posibilidad de haberse acercado a las distintas oficinas de los fondos de pensiones en los cuales se afilió para solicitar información alguna respecto a sus mesadas, sus aportes o su derecho pensional, sin que hubiera hecho uso de tal posibilidad, perdurando por más de 20 años afiliada al RAIS, encontrándose así ratificada la decisión de mantenerse dentro del ese régimen; por tanto no se entiende como después de 20 años alega que no hubo una información completa y eficaz al momento de su traslado ya que esta decisión la tomó voluntariamente y el derecho de retornar el régimen de prima media se encontraría prescrito ya que se ha superado ampliamente los términos descritos en los artículos 488 y 151 del CST y CPTSS.

Asimismo el término dispuesto en el artículo 1750 del código Civil en el que sea un plazo para pedir la rescisión de los contratos los cuales pues en este caso ya se encuentran plenamente superados; por tanto como quiera que su afiliación es un acto jurídico sin que de esta forma se vulnere el derecho a la Seguridad Social previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, ya que se encuentra válidamente afiliada a la AFP Porvenir o Colfondos entonces de esta manera como quiera que la demandante es una consumidora financiera tuvo también el derecho y los deberes de informarse adecuadamente respecto a las condiciones del sistema general de pensiones y como quiera que no sé evidencia voluntad alguna de cambiar el régimen durante 20 años se ratifica como ya se manifestó su decisión de mantenerse en el RAIS, sin embargo, de no salir avante el recurso, ruego se ordene a la AFP se normalice la afiliación en el sistema de información del administrador SIAFP, así como la devolución de los aportes con las respectivas actas de entrega del archivo y el detalle de los aportes realizados durante toda la permanencia de la actora en el RAIS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA URIBE, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la entonces administradora Invertir hoy Porvenir, el 3 de mayo de 1994, como se verifica de copia del mismo, aportado en expediente digital.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por las recurrentes ninguna de ellas da cuenta respecto de que a la señora Martha Uribe, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., fondo al que se trasladó el demandante para la data en mención, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, lo que lleva a determinar que contrario a lo señalado por las recurrentes, el traslado de la demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que este no conocía las implicaciones del mismo.

Ahora y si bien como lo indica la recurrente Colpensiones, era deber de la afiliada informarse respecto de su situación pensional, lo cierto es que tal deber de información como se señaló en precedencia recaía de manera primigenia en la administradora pensional que promovió su traslado al RAIS, como lo ha reiterado tantas veces el desarrollo jurisprudencial al respecto.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Porvenir



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Martha, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió como lo reitera la parte demandante en sus alegaciones.

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

Ahora bien, tampoco resulta de recibo el argumento de las recurrentes, según el cual la permanencia de la demandante en el RAIS tiene la virtud de ratificar su permanencia en ese régimen, por cuanto el acto primigenio de traslado, no nació a la vida jurídica ante la omisión del deber de información al que tantas veces se ha hecho alusión, lo que de igual forma determina que su permanencia en este régimen se reputa inexistente por virtud de la ineficacia declarada y que se advierte, se confirmará en esta oportunidad, siendo pertinente indicar que contrario a lo manifestado por Colpensiones, la acción judicial bajo estudio, ostenta el carácter de **imprescriptible**, como se señalara en la decisión de primer grado, dada su relación intrínseca con los derechos pensionales que ostentan tal carácter.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de la demandada Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguros, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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

Finalmente y contrario a lo indicado por la recurrente Porvenir, esta Sala considera ajustada la decisión de primer grado tendiente a autorizar a Colpensiones a obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto que no será objeto de modificación.

Por último, en cuanto a la condena en costas se observa que Porvenir no debe ser absuelta de esta en los términos del artículo 365 del CGP, ya que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

esta procede en contra de quien fue vencido en el trámite procesal que en este caso fue la AFP en mención al determinarse que el traslado de régimen que promovió se tornaba ineficaz ante la falta del suministro de información por su parte, lo que impone **confirmar** la sentencia recurrida en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

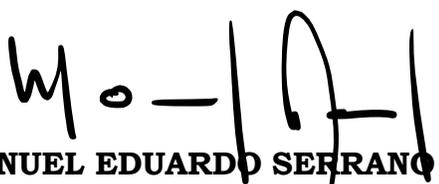
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900004401 Dte: MARTHA URIBE GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .