



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

PROCESO ORDINARIO No. 38-2020-00021-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: OSCAR HERNAN LOZANO MUÑOZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.144.041.976 y tarjeta profesional No. 258.258 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 y tarjeta profesional No. 321.634 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **JENNIFER LORENA MOLINA MESA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.129.511.816 y tarjeta profesional No. 218.591 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder conferido y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional No. 365.094 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE



En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Porvenir S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 21 de julio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor OSCAR HERNÁN LOZANO MUÑOZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad de la vinculación al RAIS efectuada a la AFP PORVENIR el 21 de octubre de 1998 por cuanto existió error de hecho que vicio el consentimiento del actor; que nunca ha efectuado en traslado válido al RAIS y que se encuentra legalmente afiliado a COLPENSIONES. Como consecuencia, solicita SE CONDENE a PORVENIR a registrar en sus sistemas de información que el demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida información suministrada al momento de la afiliación; se condene a la AFP PORVENIR a devolver a



COLPENSIONES los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor; se condene a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación, a actualizar su historia laboral junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 66 a 67 archivo 01CuadernoFísico).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de mayo de 1961; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 1355 semanas cotizadas; que alcanzó a cotizar en el Seguro Social hoy Colpensiones 251 semanas; que el 21 de octubre de 1998 se afilió a la AFP PORVENIR; que la AFP PORVENIR no le informó al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de régimen, ni la naturaleza propia del régimen de capitalización al cual se estaba trasladando, ni las desventajas del traslado, ni los distintos escenarios comparativos entre ambos regímenes, etc.; que nunca recibió una asesoría completa y comprensible; que solicitó la nulidad de su traslado, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 67 a 70 archivo 01CuadernoFísico).

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, 5, 25 y 26; negó el 27 y, manifestó 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (carpeta 02ContestaciónColpensiones 20200710).



Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 19, 20, 22 y 23; manifestó no contarle el 1, 3, 5, 12, 25, 26 y 27 y, dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denomino prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (carpeta 04ContestaciónPorvenir20201027).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado del señor OSCAR HERNAN LOZANO MUÑOZ, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., el día 21 de octubre 1998, con fecha de efectividad el 1 de diciembre del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor OSCAR HERNAN LOZANO MUÑOZ, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por OSCAR HERNAN SALAS MUÑOZ y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de OSCAR HERNAN LOZANO MUÑOZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSUELVE de lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepción de prescripción, así las demás propuestas por las demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

OCTAVO: Costas de la instancia como se estableció en la parte motiva de esta sentencia..”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme lo ha definido la CSJ las administradoras deben brindar la información necesaria al momento del traslado; que no basta con la firma del formulario de afiliación, pues éste a lo sumo acredita que hubo un consentimiento sin vicios pero no informado, por lo que el traslado deviene en ineficaz por el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que el demandante realizó un traslado de régimen con pleno consentimiento; que esta voluntad del afiliado se vio ratificada por más de 20 años que estuvo afiliado al RAIS, período en el cual realizó cotizaciones. Que el demandante a la fecha de presentación de la demanda ya se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado la cual dispone que los afiliados no pueden trasladarse cuando le falten 10 años o menos para adquirir la edad para pensión; que el afiliado realizó el traslado y no le era dable a la AFP



rechazarlo; que la afiliación del demandante cuenta de plena validez y no es posible que sea trasladado de régimen pensional.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, pues se aparta de la interpretación dada a las normas bajo las cuales se accede a la ineficacia del traslado, pues considera que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 lo que regula es una afiliación libre y voluntaria pero nada dice sobre el deber de información, por lo que no es dable que este artículo sirva de fundamento para acceder a la declaratoria de ineficacia. Que el decreto 663 crea obligaciones para las entidades vigiladas por la superintendencia financiera establece que se debe informar cual es la mejor, pero de las administradoras del RAIS. Que el decreto 664 tampoco regula la obligación de brindar información. Indica que se aparta del precedente jurisprudencial, pues no se le puede crear a las AFP obligaciones que no estaban vigentes para la fecha. Que el actor no se encontraba frente a una expectativa legítima. Que en este caso no se puede invertir la carga de la prueba, pues en esta demanda no hay negaciones indefinidas que permitan la inversión de la carga de la prueba, por lo que era el demandante quien tenía la obligación de probar. Que el actor incumplió sus obligaciones como consumidor financiero, pues no tuvo interés de acercarse ni a la AFP ni a Colpensiones para buscar asesoría. Que lo que motiva el traslado no es el incumplimiento al deber de información sino el valor de la mesada pensional. Solicita se revoque la condena de gastos de administración y seguros previsionales. Señala que si se declara la ineficacia no se generarían los rendimientos, pues no se puede desconocer la gestión de la AFP. Indica que la suma descontada por gastos de administración está amparada en la Ley y que dicho descuento de igual forma se hubiese realizado en el RPMPD; que no puede desconocerse la cobertura que ya existió y que éstos no van a financiar el derecho pensional, por lo que al ordenar devolverlos estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa. Finalmente, señala que para estas sumas si opera el fenómeno prescriptivo.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Oscar Hernán Lozano Muñoz, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1998 (fl. 03 archivo 01CuadernoFísico).

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Oscar Hernán Lozano Muñoz, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

En ese orden, concluyó que:



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

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

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

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



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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que se podía pensionar antes del tiempo; que el ISS se iba acabar y que las AFP si sabían administrar los fondos.

Adicionalmente, en estos casos contrario a lo señalado por la AFP Porvenir, 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, por tanto como la AFP PORVENIR no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

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



Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

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

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone



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

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir 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 Porvenir S.A.

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

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes 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.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

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. 20-2019-00716-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA LIGIA ORTIZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.014.196.194 y tarjeta profesional No. 276.516 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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, del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 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, PORVENIR y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA LIGIA ORTÍZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado y afiliación del RPMPD al RAIS el 06 de diciembre de 2000. Como consecuencia, se ordene a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 06 archivo 2019-716 FL201 C).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 02 de mayo de 1960; que se vinculó al sistema general de pensiones el 13 de agosto de 1980 y actualmente cuenta con más de 1542 semanas cotizadas; que firmó la autorización de traslado al RAIS en las instalaciones de la empresa INTERNACIONAL COLOMBIA donde se encontraba trabajando para el 06 de diciembre de 2000; que lo hizo porque la asesora comercial de la AFP PROTECCIÓN mediante información engañosa le afirmó que con PROTECCIÓN su pensión iba a ser cuantiosa; que sería casi igual al valor de su salario; que el trasladarse sería más beneficioso; que se le brindó una información errónea; que presentó reclamación ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable. (fl. 03 archivo 2019-716 FL201 C).

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 y 6; negó el 3 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó



descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (fls. 36 a 61 archivo 2019-716 FL201 C).

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; manifestó no constarle el 2 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, 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 innominada o genérica. (fls. 80 a 100 archivo 2019-716 FL201 C).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARTHA LIGIA ORTIZ PRIETO a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., efectuada el 01 de agosto de 1994., en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS “PROTECCION S.A.”, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MARTHA LIGIA ORTIZ PRIETO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la



ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS “PROTECCION S.A.” y a “COLPENSIONES EICE”, a favor de la señora MARTHA LIGIA ORTIZ PRIETO. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.” (fls. 187 a 188 archivo 2019-716 FL201 C)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la ineficacia es la sanción al traslado desinformado y no se debe estudiar este tema desde las nulidades. Que no es suficiente la firma del formulario de afiliación. Que la carga probatoria es de la AFP y que no demostró haber brindado la información exigida al momento del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que no se acreditaron vicios del consentimiento. Que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre algún vicio del consentimiento. Que nos encontramos frente a un error en un punto de derecho, lo cual no tiene la fuerza para repercutir en la ineficacia del acto jurídico celebrado. Que en cuanto a la carga de la prueba el artículo 167 del C. G. del P. dice que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Que el Tribunal ha puesto de presente este artículo como por ejemplo en la sentencia del Magistrado Carlos Andrés Vargas en la cual frente a la carga de la prueba señaló que en este tipo de procesos en los que se manifiesta la existencia de un vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan y que de ninguna manera pueden trasladarse a la entidad. Que las partes tienen la obligación de probar los fundamentos facticos en que basan sus alegaciones. Que se debe tener en cuenta la afectación a la descapitalización del sistema. Que en las sentencias C1024-2004, SU 062-2010 y SU 130-2013bde la Corte Constitucional se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos aportados de manera obligatoria por otros afiliados dado que



el régimen solidario con prestación definida se descapitaliza. Que a la actora le correspondía probar los vicios del consentimiento.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora **Martha Ligia Ortiz**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCION en el año 1994 (fl. 183 archivo 2019-716 FL201 C) y posteriormente, a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN en el año 2000 (fl. 21 archivo 2019-716 FL201 C) entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, 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 de la afiliada del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le



suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, contrario a lo pretendido por COLPENSIONES, **la carga de la prueba se invierte en favor de la afiliada**; 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 a la afiliada, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Martha Ligia Ortiz, 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 de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

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



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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS,



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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que en el año 1994 que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN sólo le manifestaron que el ISS se iba acabar; que la mejor opción era cambiarse; que después de los 40 años se podía pensionar cuando quisiera y que su dinero iba a tener rendimientos..

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, ni pedir que se apliquen las sentencias C 1024-2004, SU 062-2010 y SU 130-2013, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL



1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

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

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

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

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

Ahora bien, se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por



parte de la AFP PROTECCION, los que deben ser objeto de dicho traslado al estudiarse el presente proceso en grado jurisdiccional de consulta en favor de 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.*

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

Por lo señalado en precedencia, se **adicionaré** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos por la AFP PROTECCIÓN, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales.

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 la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común



que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración** y que la AFP PROTECCION debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, durante la vigencia de la afiliación de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

TERCERO: 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 BUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2020-00418-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JACQUELINE MUÑOZ MEDELLÍN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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 del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 21 de junio de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora JACQUELINE MUÑOZ MEDELLÍN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE la nulidad de a afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por presentar vicio en el consentimiento por haber sido víctima de engaño por parte de COLFONDOS S.A. al no haber realizado la correspondiente asesoría al momento del traslado. Como consecuencia, solicita se CONDENE a la AFP COLFONDOS a trasladar en el menor tiempo posible los aportes realizados; se condene a COLPENSIONES a recibir el traslado de aportes realizados por la AFP COLFONDOS, a actualizar su historia laboral, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales. (archivo 004. DEMANDA).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de abril de 1965, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 55 años de edad; que se afilió al RPMPD el 25 de octubre de 1991; que no se le brindó al momento del traslado al RAIS una información real y completa; que lo que se le informó es que el ISS estaba próximo acabarse; que nunca le informó las ventajas y desventajas de su traslado; que nunca tuvo acceso a una información real, eficaz y oportuna por parte del fondo al que se estaba trasladando; que el 01 de enero de 2000 suscribió el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS; que solicitó su traslado a COLPENSIONES sin obtener una respuesta favorable. (fls. 1 a 13 archivo “00. EXPEDIENTE DIGITAL”).

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, 24, 25, 26 y 27; dijo ser parcialmente cierto el 23; negó el 11 y 22 y, manifestó no constarle los



demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, falta de legitimación en la causa por activa, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 2 a 19 archivo 010. 2020-418 Contestación Colpensiones).

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 3, 25 y 26; manifestó no constarle el 1, 2, 22, 23 y 24 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica. (fls. 4 a 22 archivo 011. 2020-418 Contestación Colfondos).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“ PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora JACQUELINE MUÑOZ MEDELLIN, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., el día 17 de noviembre de 1999, con fecha de efectividad enero de 2000 y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora JACQUELINE MUÑOZ MEDELLIN, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de



administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual COLFONDOS S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por JACQUELINE MUÑOZ MEDELLIN y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de JACQUELINE MUÑOZ MEDELLIN al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSUELVE de lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.

OCTAVO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no es necesario probar vicios del consentimiento; que el deber de información ha venido evolucionando conforme lo ha indicado la CSJ; que con el formulario no se demuestra que se le brindó a la demandante la información exigida, sino únicamente que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria y sin vicios del consentimiento. Que conforme a la línea jurisprudencial de la CSJ debe invertirse la carga de la prueba la cual recae sobre la administradora que realiza el traslado. Que no era suficiente con el formulario de afiliación, que no se probó que a la demandante se le haya brindado la información exigida por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado.



RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que la parte actora con el paso del tiempo nunca realizó actos que mostraran su intención de no pertenecer al RAIS. Que no se evidencia la falta de información. Que no importa que no se hubiesen efectuado traslados horizontales, pues si hay actos de relacionamiento. Que los procesos de nulidad se sustentan en intereses económicos. Que el órgano de cierre autoriza el inicio de acciones de reparación integral buscando la reparación de perjuicios. Que en el presente caso se probó una responsabilidad extracontractual por lo que en uso de las facultades extrapetita solicita se revisen los perjuicios causados o se envíe el proceso a la jurisdicción civil.

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 Jacqueline Muñoz Medellín, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS, en el año 1999 (fl.22 archivo 001 demanda), entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

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



deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad. Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Jacqueline Muñoz Medellín, 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 demandada COLFONDOS 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP COLFONDOS.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, contrario a lo señalado por Colpensiones 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 a la actora.

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por COLFONDOS S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera



manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP COLFONDOS al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar y que al trasladarse al RAIS su ahorro pasaría directamente a su hija así fuera mayor de edad.

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

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

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

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber



de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

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

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 1999**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas



decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

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

Ahora, conforme se establece en el artículo 50 del C. P. del T. y de la S. S. y tal y como lo ha reiterado la CSJ entre otras en la sentencia SL 2266-2022, no es posible acceder a lo pretendido por el apoderado de Colpensiones, como quiera que las facultades ultra y extra petita son exclusivas de los jueces de única y primera instancia, los jueces de segunda instancia no pueden hacer uso de ellas al no estar contempladas dentro de sus funciones legales. Tampoco ha y lugar a remitir el expediente a la jurisdicción civil como quiera que es la jurisdicción laboral la competente para conocer de las pretensiones del presente proceso.

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

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIO IGNACIO BOTERO
GIRALDO VS ALMACAFE SA RAD N° 38-2017-589-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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

El señor **FABIO IGNACIO BOTERO GIRALDO**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **ALMACAFE SA**, para que, mediante el trámite de un proceso laboral de primera instancia, se declare que tiene derecho a viáticos y gastos de viaje establecidos en la resolución N° GGA10R0002 del 10 de octubre de 2010, y se reconozca la incidencia salarial de los mismos. En consecuencia, solicita el pago de viáticos indexados reliquidación de salarios, prestaciones y aportes, horas extras, perjuicios morales, perjuicios a la vida de relación y demás indemnizaciones, extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Expediente Digitalizado).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, en síntesis, se afirma que fue contratado en Bogotá el 3 de agosto de 1980 y trasladado a Medellín, para luego de 5 meses ser enviado a Armenia en donde permaneció 4 años, en 1985 fue enviado a Bogotá a las bodegas de paloquemao y a oficinas

centrales, que en 1990 renunció y en 1999 suscribió nuevo contrato a término fijo en Armenia, que en noviembre de ese año suscribió contrato a término indefinido, que en 2003, fue enviado a Cúcuta, con salario de \$1800.000, que en 2008 fue enviado a Bogotá, que en 2010 fue enviado a Soacha vereda Chusaca, que en 2012 se suscribió otro si otorgando auxilio de transporte, que se dio un traslado y un desmejoramiento, que a la fecha de la demanda el salario es de \$4.950.587 siendo jefe de operaciones, que desde 2016, no le asignan funciones, que el cambio de sede implica que el trabajador pague transporte adicional, lo que constituye una desmejora, que el demandante goza de fuero sindical, que la demandada ha abusado del IUS VARIANDI. (Expediente Digitalizado).

La demandada, contestó la demanda se opuso a las declaraciones y condenas afirmando que no hay lugar a aplicar la resolución GGA12R00001 de enero 18 de 2012, porque el demandante tiene como sede de trabajo la sucursal Bogotá que desde 2012 se encuentra ubicada en Soacha, sin que adeude suma alguna. Negó en su mayoría los hechos y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, compensación, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 3 de agosto de 2022, por la que resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ - ALMACAFE S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por la señora FABIO IGNACIO BOTERO GIRALDO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas”

Para llegar a esa conclusión en síntesis afirmó el Juez: *“... Existencia de la Relación Laboral. Se afirma en el libelo introductorio la existencia de al menos dos contratos de trabajo celebrados entre las partes, correspondiendo el último vínculo al contrato de trabajo que inicialmente se había pactado a término fijo y posteriormente mutó por acuerdo entre las partes a término indefinido., por virtud del cual se habría vinculado a partir del 01 de diciembre de 1999 como auxiliar 4 de operaciones recibiendo un salario de \$702.400. Milita a folios 22 y 207 copia del contrato de trabajo a término indefinido suscrito por las partes el 01 de noviembre de 1999 donde se pactó como*

inicio el 01 de diciembre de esa anualidad vinculándose como auxiliar 4 de operaciones. A folio 101 y 210 milita otro sí al contrato de trabajo con efectos a partir del 01 de abril del 2012 en el que se indica que teniendo en cuenta el traslado de las oficinas de Almacafe sucursal Bogotá al Municipio de Soacha y dado que en la actualidad no se encuentra implementado el servicio de transporte público desde la ciudad de Bogotá hasta el sitio donde se encuentra ubicado las bodegas de Almacafe en Soacha Almacafe ha decidido otorgar por mera liberalidad de manera temporal mientras que el trabajador tenga como sitio de trabajo las bodegas de Almacafe en Soacha y no exista transporte público un auxilio de movilización no constitutivo de salario por valor de \$70.000 mensuales a partir del 01 de abril del 2012 y hasta cuando subsistan las restricciones para la prestación del servicio público desde Bogotá y hasta donde quedan las bodegas de Almacafe en Soacha, para lo cual las mismas partes de común acuerdo establecen en la cláusula primera que el auxilio de movilización por ser por mera liberalidad y temporal no tendrá carácter salarial ni prestacional y no será tenido en cuenta para establecer la base salarial para los aportes a seguridad social. A folio 32 milita comunicación del 07 de noviembre de 2008 en la cual el Gerente General de la demandada le informa al accionante su traslado a Almacafe sucursal Bogotá en el cargo de Jefe de Operaciones con una remuneración de \$3'212.330 a partir del 24 de noviembre de 2008. Militan a folios 97 a 100 reclamación radicada ante la demandada el 31 de marzo y el 08 de mayo de 2017 donde solicita viáticos y gastos de viaje refiriéndose a la Resolución del 14 de octubre del 2010 que es lo que ahora se reclama y se adjunta la respuesta negativa en la que se le indica que el trabajador no se encuentra en comisión para desarrollar su labor. Milita a folio 105 a 109 Resolución GGA 1R0002 del 14 de octubre de 2010 mediante la cual la demanda modifica y actualiza las políticas y normas para el reconocimiento de gastos por comisiones de trabajo. Y militan a folios 210 a 248 comprobantes de pago donde se registra el pago del auxilio de movilización.

*Del reconocimiento de viáticos y gastos de viaje. Solicita el demandante que se declare que le asiste derecho al pago de viáticos y gastos de viaje conforme a la Resolución GGA 1R 0002 del 14 de octubre del 2010 y que consecuentemente la incidencia salarial de los mismos. En la Resolución sustento de las pretensiones de la demanda se advierte que es un acto mediante el cual se modifican las políticas y normas para gastos de desplazamiento en cumplimiento de comisiones de trabajo y se establece que Almacafe reconocerá viáticos y gastos de transporte a los colaboradores que en ejercicio de sus funciones deban desplazarse fuera de la sede del trabajo. Conviene precisar que los viáticos corresponden a pagos que el empleador hace a sus trabajadores cuando por necesidades del servicio se requiere la prestación de servicios por fuera de la sede habitual de trabajo. Esos viáticos conforme al art. 130 del CST pueden ser permanentes o temporales. Que se debe insistir en que los viáticos son sumas reconocidas por el empleador para cubrir los gastos en que el trabajador incurra para el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo. **Al revisar las pruebas encuentra el Despacho que el demandante en desarrollo del cargo que está desempeñando al servicio de la demandada como jefe de operaciones desempeñaba habitualmente sus funciones en la ciudad de Bogotá y con ocasión de la reubicación de la sucursal Bogotá en el municipio de Soacha su sede habitual pues cambió de sitio tornándose entonces en el Municipio de Soacha, por lo que de manera alguna podrían generarse viáticos con ocasión de los***

desplazamientos desde el lugar de residencia del trabajador al Municipio donde habitualmente presta sus servicios, pues este desplazamiento no se ajusta a los requerimientos que dan lugar a los viáticos. Que no se puede pensar que la sede fuera Bogotá y que fuera enviado a Soacha a prestar sus servicios, pues su sede de trabajo cambio conforme al otro sí siendo su nueva sede trabajo el municipio de Soacha. Que si el demandante estaba inconforme con tener que desplazarse desde Bogotá hasta el Municipio de Soacha perfectamente pudo llegarse a la conclusión que debía instalarse y residir en el Municipio de Soacha y que como consecuencia de esa necesidad el empleador tuviera de pronto que asumir los gastos de esa instalación pero ello no se solicitó en el libelo introductorio. En estas condiciones considera el despacho que no se cumplen los fundamentos legales para derivar en favor del accionante el reconocimiento de viáticos como se pretende en la demanda, pues no existe una comisión de servicios que genere viáticos ni accidental ni permanente. En consecuencia, se impone la absolución de las súplicas de la demanda.

Se piden horas extras sin sustentar la pretensión por lo que se debe absolver además de ser un trabajador de dirección y confianza por lo que no se derivan horas extras.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso así:

“Que si bien es cierto el empleador tiene la facultad de cambiar el lugar geográfico de trabajo de su empleado, esta facultad no es absoluta. Que el principio que faculta al empleador para trasladar a un empleado en función de las necesidades operativas de la empresa se conoce como ius variandi, el cual permite que se modifique unilateralmente algunas de las condiciones del contrato de trabajo, pero estas condiciones no pueden desmejorar la situación general del trabajador entre las condiciones que puede cambiar esta el lugar de trabajo. Que el empleador tiene la facultad de trasladar a un empleado si las necesidades de la empresa así lo exigen, pero esa decisión no puede ser caprichosa, por el contrario, debe ser justificada. Que la empresa si abusó del ius variandi y no trasladó en debida forma al trabajador. Que desconoció la Resolución expedida por el mismo empleador donde reconoce el pago de los viáticos para situaciones como la del demandante. Que la empresa no ha respetado el fuero sindical del trabajador. Que la empresa por los viáticos no reconocidos debe pagar la incidencia salarial. Que en los anteriores traslados que ha tenido el trabajador no ha implicado el pago de viáticos, pues se le han dado las garantías al trabajador y no le ha implicado gastos de desplazamientos. Que se encuentran dos estipulaciones para el reconocimiento del auxilio al trabajador el legal que está en el artículo 130 del CST y el extralegal dispuesto en la Resolución del 18 de enero del 2012 los cuales no se contraponen y deben ser reconocidos en ambos casos en su integridad. Sin embargo, la empresa se niega a las solicitudes realizadas por los trabajadores desconociendo sus derechos laborales...”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S.; advirtiéndole desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Del abuso del IUS VARIANDI

Sea lo primero precisar que el poder subordinante consagrado en el numeral 2 del artículo 23 del C S T, efectivamente no es absoluto, y está limitado por la Ley en la que se precisa que no puede afectar el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador; sin que surja claro que se afirme que ello está sucediendo, pero al mismo tiempo lo que se reclame es derechos económicos sustentados en viáticos lo que en principio se opone a una vulneración estricta de ese poder restringido que la Ley otorga al empleador.

De manera que lo primero que aparece claro es que no existe una sola prueba de esa afectación del trabajador, ni en su honor, dignidad y derechos mínimos, por lo que la Sala debe analizar dos circunstancias esto es si se dio un traslado como asegura caprichoso; y las consecuencias que ello generaría o si existen viáticos causados no solo al tenor de lo establecido en el artículo 130 de CST, sino de la resolución GGA1R0002 del 14 de octubre del 2010.

En primer lugar, surge con claridad que el demandante sigue teniendo como lugar de domicilio Bogotá, entonces en estricto sentido no ha sido trasladado y por el contrario el cambio fue de la sede de Almacafé sucursal Bogotá, que fue ubicada en el vecino municipio de Soacha, que para la época en que se hizo esto es 2012, no tenía implementado un servicio público de transporte.

Claro resulta en verdad que no tuvo que incurrir el trabajador en gastos de traslado para él y su familia a ese municipio, porque nunca se realizó,

esto es nunca se le exigió por el empleador residir allí ante la nueva ubicación de la sede se itera, sin que tampoco aparezca que haya entonces sido desmejorado en su situación laboral familiar y mucho menos económica, destacando sí que de haberse dado habría tenido el empleador que proporcionar gastos de traslado y asumir las consecuencias de una desmejora que se itera no aparece acreditada.

Ahora bien, si lo que se reclama en ese orden son viáticos como se planteó en la demanda y se afirma en el recurso con apoyo en la Ley y en la resolución mencionada, tampoco como analizó el Juez se dan los requisitos para que se otorguen. Veamos.

En primer lugar, conviene destacar que el 3 de octubre de 2012 las partes firmaron otro sí al contrato en el que se señalaba que ante el traslado de las oficinas y dado que aún no se había implementado el servicio público de transporte, la demandada otorgaba por mera liberalidad un auxilio de movilización temporal y solo hasta que subsistiera la restricción en el servicio público,

De otra parte, conviene señalar que la naturaleza jurídica de los viáticos se encuentra establecida en el artículo 130 del C.S.T., el cual reza:

“1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.

3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.”

Salta a la vista que, dado el concepto de viáticos, esto es según CABANELLAS “viáticos o dietas es lo que recibe el trabajador en razón de un mayor gasto **por los viajes que deba realizar a sedes diferentes a las**

que labor” Agrega, además. “ El viatico se divide en: a)accidental; b) permanente. El primero no constituye parte integrante del salario, por su propio carácter excepcional. En cuanto al viatico permanente, cabe distinguir en él dos partes: a) la que compensa las molestias y privaciones que el trabajador **soporta por ausentarse de su domicilio**. Por esta razón, las dietas las dietas o viáticos solo pueden computarse en parte como retribución del servicio”.

En ese orden en este caso ni se ausentó el demandante de su domicilió, ni aun aceptándolo podríamos determinar o adecuar gastos a ese concepto, menos aún con una incidencia salarial en gastos de manutención y alojamiento que es lo único que constituye salario, sin que sobre recordar frente a este aspecto que una de las condiciones para el estudio de alguna diferencia o pago de viáticos, debía comenzar por el establecimiento pleno del valor de los mismos, específicamente con los valores ocasionados por concepto de alojamiento o manutención, por ejemplo, a partir del cual podía establecerse algún parámetro cuantitativo con el cual analizar la incidencia prestacional.

En el mismo sentido surge inaplicable la resolución GGA12R00001 de 2012 que se refiere a gastos de manutención y alojamiento dado el desplazamiento a municipios áreas metropolitanas o zonas correspondientes a su sede de trabajo, **con motivo de una comisión de trabajo extraordinaria no habitual, lo que evidentemente no sucedió en este caso.**

En armonía con las consideraciones anteriormente expuestas, la decisión adoptada en primera instancia será confirmada en su integridad, dado que resulta acertada.

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:

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- COSTAS. 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. 19-2018-365-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BRAYAN ORLANDO TÉLLEZ
DEMANDADO: ISMOCOL DE COLOMBIA S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de agosto 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 del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas las de la parte demandante, quien indica acogerse a lo que se encuentre probado en la instancia.

ANTECEDENTES

El señor BRAYAN ORLANDO TÉLLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y la demandada, existió un contrato un contrato a término indefinido entre el 3 de junio de 2015 al 26 de octubre de 2017; como consecuencia de tal declaración peticiona se condene a la demandada a efectuar el pago a su favor



de cesantías entre el 3 de julio de 2015 al 31 de diciembre de dicha anualidad, interés a la cesantía por el mismo periodo, prima de servicios, vacaciones, cesantías, al igual que intereses, prima de servicio y vacaciones por los años 2016 y 2017 e indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST. (fl. 6 y 7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre él y la sociedad demandada existió un vínculo laboral, para desempeñar el cargo de ayudante técnico, con una remuneración de \$1.824.990, que su labor fue ejecutada de manera personal y atendiendo las instrucciones del empleador, que se retiró de la sociedad de manera voluntaria y esta le hizo firmar un documental liquidando prestaciones sociales e incluyendo una bonificación documental fechada del 26 de octubre de 2017, que a partir de septiembre de 2015, sufrió un accidente laboral, el que lo dejó incapacitado hasta la fecha.

Afirma que de forma voluntaria con la demandada suscribió un documento de transacción en el que se pactó bonificación no salarial en cuantía de 12 SMLV y el pago de \$3.367.497 por concepto de prestaciones sociales. (fls. 3 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, excepto la relativa a la declaratoria de la relación laboral, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 5, 7, manifestó no constarle el No. 6 y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó pago, cobro de lo no debido, validez de la terminación del contrato de trabajo, buena fe y prescripción. (fl.41)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que entre el demandante y la demandada, existió una relación laboral vigente entre el 3 de julio de 2015



al 26 de octubre de 2017, en virtud del cual, el actor desempeñó como último cargo el de ayudante técnico, con una asignación de \$1.879.800, ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de pago, cobro de lo no debido y validez de la terminación del contrato de trabajo, no condenó en costas. (fl. 134)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando en síntesis que se encontraba acreditada la existencia de la relación laboral y sus extremos que correspondían al 3 de julio de 2017 hasta el 26 de octubre de 2017, que se habían allegado pruebas contentivas de comprobantes de nómina, pago de cesantías, transacción suscrita entre las partes, liquidación del contrato de trabajo y renuncia voluntaria el actor, que este último había señalado en diligencia de interrogatorio que se desempeño 56 días en campo Rubiales siendo relevado por un padecimiento en la columna, que realizó trámite de calificación de patología, apelando el origen ante la Junta Regional, que para el año 2017, la demandada lo había buscado para que llegaran a un arreglo, el que nunca se dio e iniciaron las amenazas para que él renunciara, aclaró que las prestaciones le fueron pagadas y suscribió el contrato de transacción por amenazas, que únicamente le consignaron \$4.000.000; por su parte, el representante legal de la demandada había señalado que el actor había tenido una situación incapacitante hasta que renunció y se le habían pagado todas las prestaciones a que había lugar.

Que había rendido testimonio el señor Fernando Salamanca a quien le constaba el vínculo laboral del actor con la demandada y terminó debido a las incapacidades por enfermedad general, que dichas incapacidades se le pagaron junto con las demás prestaciones de acuerdo a la Ley.

Afirmó que no existía controversia en cuanto al cargo desempeñado por el actor como tampoco el salario devengado, pero sí en cuanto a la modalidad de la relación laboral, ya que el actor indicaba que había sido suscrito a término indefinido y contrario a ello, la pasiva indicada que era a término fijo, que conforme lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, le correspondía al actor probar la modalidad aducida y para el efecto la demandada había allegado contrato a término fijo inferior a un año suscrito con el actor el 3 de julio de



2015, otrosí de renovación de contrato de trabajo a término fijo y aviso de no renovación del mismo, desprendibles de nómina, renuncia voluntaria del actor; por lo que con fundamento en tales medios probatorios, el despacho encontraba que le asistía razón a la demandada en cuanto a que el contrato que unió a las partes había sido suscrito a término fijo y así se desprendía de la documental contentiva de dicho contrato y los otrosí que lo prorrogaron 3 veces y su terminación igualmente obedeció a la terminación del plazo fijo pactado.

Que el certificado laboral visible a folio 19 daba cuenta del último salario devengado por el actor y en cuanto a las pretensiones relativas al pago de prestaciones sociales, una vez revisada la documental contentiva de liquidación final del contrato de trabajo y efectuadas las operaciones aritméticas se encontraba que las mismas se ajustaban a lo que le correspondía al actor por concepto de cesantías, interés a la cesantía, prima de servicio y en cuanto a las vacaciones de igual manera también habían sido compensadas en dinero al no haber sido disfrutadas debido a las incapacidades del actor, las que no se encontraban acreditadas y no habían sido objeto del debate.

Afirmó por último en cuanto a la indemnización del artículo 65 del CST, que no se daban los presupuestos de dicha norma para su imposición, al no probarse que la demandada haya omitido el pago de salarios y prestaciones al actor, pues contrario a ello, el actor en interrogatorio de parte indicó haber recibido la suma por concepto de liquidación final, la que revisada, se encontraba ajustada a derecho.

CONSIDERACIONES

No existió objeto de reparo en cuanto a la existencia de la relación laboral que unió a las partes en litigio, ya que la misma se encuentra suficientemente probada como lo certificara la demandada en documental visible a folio 19 del plenario y que tuvo lugar entre el 3 de julio de 2015 al 26 de octubre de 2017 y fue aceptada por esta última en escrito de contestación, lo propio ocurre con la asignación salarial, ya que dicha



documental da cuenta de que el salario devengado por el accionante era de \$62.660 diarios al año 2017, para un ingreso mensual como lo indicó la decisión de instancia de \$1.879.800.

De igual forma, en el trámite procesal se determinó que el contrato fue suscrito a término fijo contrario a lo indicado por el demandante, como se observa de copia del mismo visible a folio 55 del plenario y que da cuenta que se pactó por un término inicial entre el 3 de julio de 2015 al 23 de julio del mismo año, prorrogándose hasta nuevamente a través de otrosí que obra a folio 58 hasta el 13 de agosto de 2015, luego al 24 de septiembre del mismo año y así en lo sucesivo.

Ahora en lo relativo al pago de prestaciones sociales que reclama el actor, se tiene que a folio 115 la demandada efectuó el pago de las mismas a la finalización de la relación de trabajo, para lo cual tuvo en cuenta el salario diario antes señalado de \$62.660 y como días laborados 847 los que en efecto corresponden a los extremos de la relación laboral, concluyéndose que como lo adujo la decisión de primer grado y revisada dicha liquidación, esta se encuentra ajustada a la forma de liquidar las prestaciones una vez finalizada la relación laboral, suma que el actor confesó haber recibió en diligencia de interrogatorio de parte, concluyéndose que la demandada no adeuda ninguna suma por los conceptos aducidos en el escrito de demanda, razón suficiente para **confirmar** la decisión consultada.

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, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19-2018-0488-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE PISCAL

DEMANDADO: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor JORGE PISCAL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales es el ente obligado al pago de la pensión por el tiempo de servicio prestado a la extinta Ferrocarriles Nacionales, por lo que solicita se condene al Fondo demandado al

reconocimiento y pago a su favor de indexación de primera mesa pensional a partir del 29 de septiembre de 1989, con lo devengado en el último año de servicios y con base en el IPC certificado por el DANE, junto con el pago de las diferencias producto de dicha reliquidación. (fl. 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que durante la relación laboral que lo unió con la extinta Ferrocarriles Nacionales, ostentó la calidad de trabajador oficial, sociedad para la que laboró entre el 16 de noviembre de 1970 al 29 de septiembre de 1989, para un tiempo total de servicio de 18 años y 9 meses, que para la fecha en que finalizó la relación laboral, devengó un salario promedio de liquidación de \$72.582.006; que reclamó ante el fondo demandado la indexación de su primera mesada pensional en el 2017 y esta le fue negada, que es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. (fl.3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, el Fondo convocado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 5 y 6 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, pago y falta de causa y título para pedir. (fl. 27).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones elevadas por el demandante y lo condenó en costas. (fl. 77)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se encontraba acreditado que a través de acto administrativo 1080 del 11 de octubre de 1989, en cuantía de \$58.074 a partir del 29 de septiembre de 1989, que igualmente se había acreditado que el actor laboró para la sociedad Ferrocarriles Nacionales entre el 16 de noviembre de 1970 al 28 de septiembre de 1989; lográndose establecer que el actor laboró para la sociedad en mención por más de 18 años y para la fecha de reconocimiento pensional,

contaba con 50 años de edad, que dicha prestación había sido reconocida de manera vitalicia de conformidad con el Decreto 1590 de 1989, con un IBL de \$72.592,66 y un porcentaje del 80.01%, arrojando una mesada de \$58.074 a partir del 29 de septiembre de 1989, estableciéndose que desde dicha calenda al demandante se le había venido incrementando año tras año el valor de la mesada pensional conforme lo dispuestos por el Gobierno Nacional.

Que en sentencia SU 1073 de 2012 la Corte Constitucional señaló que la indexación era aplicable a todas las pensiones, no obstante la indexación pretendida para el caso del actor no era viable como quiera que este había sido pensionado a partir del día siguiente el que se desvinculó laboralmente de la extinta Ferrocarriles Nacionales, lo que ocurrió el 28 de septiembre de 1989, no presentándose detrimento alguno por la pérdida del valor adquisitivo de la prestación al haber sido reconocida esta al día siguiente de la fecha de su retiro y conforme el ingreso probado dentro del proceso y que se ajustaba a derecho al haber sido incrementado conforme al IPC.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que si bien era cierto al actor se le había recocado pensional, inmediatamente se retiró del servicio, la liquidación de la misma, no era la correcta al no haberse tenido en cuenta el IBL reportado por este y por ello se alegó en la demanda un detrimento patrimonial que causa una pérdida del poder adquisitivo en el ingreso del actor.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandante y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la sala determinará si al demandante le asiste derecho a que sea indexada la primera mesada pensional a él reconocida.

No fue objeto de reparo, que al demandante le fue reconocida por parte de la extinta Ferrocarriles Nacionales pensión de jubilación, como se observa de documental visible a folio 43 del plenario, a partir del que se produjera

su **retiro del servicio**, circunstancia que ocurrió el 28 de septiembre de 1989 (fl. 49).

En cuanto a la indexación de la primera mesada pensional, como en efecto lo señaló el juzgador de primer grado, esta procede para **todas** las pensiones con independencia de su origen y cuando media un lapso temporal considerable entre el retiro del servicio y el reconocimiento pensional; contrario a ello, la indexación bajo estudio no procede ante la ausencia de dicho lapso temporal y así lo reiteró la Sala laboral de la CSJ, en sentencia SL2862 de 2022, en los siguientes términos:

*Esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera pacífica y reiterada frente a la problemática planteada por el recurrente, en el sentido de **que tal pedimento resulta improcedente cuando la prestación comienza a disfrutarse al día siguiente del retiro del servicio, como quiera que el ingreso base de liquidación no se ve afectado por la pérdida del poder adquisitivo, pues no transcurre un período de tiempo considerable entre la terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión, (...) (Negrilla fuera del texto original)***

Conforme a lo anterior, se observa que como concluyó la decisión objeto de reproche, es claro que para el caso del actor, no medió un lapso de tiempo considerable que permita acceder a su pretensión contrario a lo señalado por esta parte en sus alegaciones, ya que se itera, el reconocimiento pensional realizado a su favor por el entonces empleador, se realizó una vez **se produjo su retiro del servicio**, sin que mediara si quiera un día de mora entre el retiro del servicio y el reconocimiento de la prestación, cuya primera mesada se pagó a su favor el **25 de octubre de 1989**, como se evidencia a folio 50 del plenario, data para la cual, esta se había causado, encontrándose ajustada la decisión recurrida sobre este punto.

Ahora bien y en cuanto al argumento del recurrente según el cual, la prestación no se liquidó en debida forma, suficiente resulta señalar que la cuantía de la misma no fue objeto del debate procesal, pues este conforme escrito de demanda, únicamente se circunscribió a la indexación de la primera mesada pensional, no habiendo lugar por ello a estudiar de fondo dicho argumento, razón por la cual, se **confirmará** la decisión 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: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 19-2018-509-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GABRIEL PERILLA GALINDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de junio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor GABRIEL PERILLA GALINDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado que realizara al RAIS a través de COLFONDOS AFP, ya que dicho fondo no le suministró una información completa y comprensible acerca de las consecuencias de su traslado, ni respecto de las ventajas y desventajas de afiliarse a dicho fondo; por lo que debe estar afiliado al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Colfondos S.A., a tener por ineficaz el traslado a dicho régimen, trasladando a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Colpensiones los aportes por él realizados, ordenando a esta última aceptar dicho traslado y registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad. (fls. 5 y 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS en el año 1978, Instituto para el cual cotizó 503.29 semanas y al que se encontraba afiliado a 1 de abril de 1994, que se afilió a la AFP Colfondos S.A., el 13 de agosto de 1997, encontrándose actualmente afiliado a dicha AFP, que la misma al momento de su vinculación no le informó que el valor de la mesada allí percibida sería inferior a la otorgada en el RPM, no se le puso de presente proyección pensional alguna, contrario a ello le señalaron que no se podría pensionar por cuanto el ISS se iba a acabar, que se pensionaría en el RAIS a cualquier edad, por lo que con observancia de dicha información sesgada suscribió formulario de afiliación, que alcanzó los 52 años de edad el 28 de diciembre de 2007 y para dicha data no había recibido comunicación alguna por parte de Colfondos en la que se le pusiera de presente respecto de la prohibición legal de regresar al RPM, que cuenta con más de 1563 semanas de cotización.

Refiere por último que en 2018 solicitó ante Colfondos la invalidación de su afiliación y radicó formulario de afiliación a Colpensiones, entidad que le indicó que no era posible dar trámite a su solicitud por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse, de igual forma, Colfondos negó su solicitud. (fls. 6 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 hechos contenidos en numerales 16 y 17 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, no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración al pago de intereses moratorios, indexación, ni indemnización moratoria y no configuración del derecho a pensión de vejez. (fl. 170)

COLFONDOS S.A., se allanó a la prosperidad de las pretensiones, no proponiendo excepciones de mérito. (fl. 205)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor GABRIEL PERILLA GALINDO, del RPM al RAIS administrado por Colfondos S.A., realizado el 13 de agosto de 1997.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante al RPM desde el 7 de julio de 1978 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en dicho régimen.

TERCERO: CONDENAR a Colfondos 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 7 de julio de 1978 al 7 de agosto del 1997, y el 13 de agosto de dicha anualidad solicitó su traslado a la AFP Colfondos, 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, que lo había hecho como independiente entre el 84 al 94 y hasta el 2001, había laborado con una sociedad de diseños y actualmente labora para la Universidad Javeriana como docente, que su traslado lo hizo de manera voluntaria y sin presión, que el asesor de Colfondos al momento del traslado le señaló que el ISS posiblemente se quebraría y perdería sus ahorros, en cambio en el RAIS podría pensionarse



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

a cualquier edad, que la reunión duró 10 o 15 minutos y creyó en la información brindada en dicha oportunidad.

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 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 Colfondos, se había allanado a la prosperidad de las pretensiones sin que se observara prueba alguna que permitiera dilucidar 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 1997, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 Colfondos, 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.

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 **Colpensiones** recurrió señalando que la decisión se había fundamentado en la falta al deber de información pasando por alto que la normatividad aplicable para esa época era la Ley 100 de 1993, que contemplaba que se requería la voluntad del afiliado para trasladarse de régimen plasmada en el formulario de afiliación, lo que había ocurrido respecto del demandante, ya que para dicha data no existía la Ley 1748 de 2014, con el cual nacía la obligación de brindar una información sólida; por lo que dicha obligación se debía valorar a la fecha de suscripción de formulario, no siendo razonable imponer cargas de información no previstas para la época, ya que tal actuar violaba el debido proceso de dicha entidad ya que sin haber participado en el acto de traslado debía asumir la carga de la prestación, ya que no se había tenido en cuenta el principio de relatividad jurídica y esa entidad era un tercero en el acto jurídico, por ello, las consecuencias de este, debían ser asumidas por las partes que lo celebraron.

En cuanto a lo manifestado respecto de la carga de la prueba, hasta el año 2016, los fondos contaban exclusivamente con el formulario de afiliación para probar el deber de información, pues con anterioridad no existía norma que impusiera prueba distinta a este y el accionante había permanecido en el RAIS



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

por más de 21 años, lo que lesionaba gravemente el principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la CP y los recursos que recibía esa administradora no eran suficientes para sufragar las obligaciones a su cargo.

Solicitó de mantenerse la declaratoria de ineficacia, no se modificará lo atinente a los conceptos objeto de traslado y se diferiría tal condena al recibimiento de aportes que debía retornar la administradora del RAIS.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor GABRIEL PERILLA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que realizara con Colfondos S.A. a través de formulario suscrito con esa AFP el 13 de agosto 1997, como se verifica de copia del mismo, allegada a folio 64 por la parte demandante.

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; oportunidades en 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 Gabriel Perilla, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que Colfondos 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 que el traslado del señor Gabriel, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 también en alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información al señor Gabriel, 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; deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado al actor toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales del afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, máxime cuando aún no es posible determinar que los recursos objeto de traslado, no sean suficientes para efectuar el reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar a favor del actor.

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 1997**, 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 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800509-01 Dte: GABRIEL PERILLA GALINDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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. 20-2019-0642-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora María Claudia Tobito, 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 agosto 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de marzo 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 las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

El señor ÁLVARO FRANCO ZULUAGA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que la nulidad del traslado que efectuara el 18 de abril de 1995 con Porvenir S.A., por cuanto en la etapa precontractual, no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen y en especial, el que más le convenía atendiendo a su situación pensional; por lo que solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior ordenando a Colpensiones tenerlo como afiliado como si nunca se hubiese trasladado al RAIS.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se trasladó del RPM al RAIS por intermedio de Porvenir S.A., el 18 de abril de 1995, que el asesor de dicha AFP en ese momento no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, no se hizo un estudio de cuál era el que más le convenía atendiendo a su situación pensional particular, sino que únicamente se le pusieron de presente las aparentes ventajas del RAIS, que nació el 5 de diciembre de 1955, alcanzando los 62 años en 2017.

Refiere que la AFP Porvenir, realizó una simulación pensional indicándole que el valor de su mesada pensional para el año 2019, sería de \$3.527.000 y realizada esta misma proyección en el RPM, su mesada pensional bajo los parámetros del régimen de transición, sería de \$9.500.575, evidenciándose que en ese régimen es ostensiblemente superior tal valor comparado con la mesada que devengaría en el RAIS, que ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1860 semanas y agotó reclamación administrativa ante Colpensiones el 29 de julio de 2019, la que fue respondida de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA 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, 3, 10 y 11, 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle los No. 3, 10 y 11 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor ÁLVARO FRANCO ZULUAGA a PORVENIR S.A., el 18 de abril de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejes y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado ÁLVARO FRANCO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, a favor del señor ÁLVARO FRANCO. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cuota parte.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que para el 2019, la línea jurisprudencial referente al deber de información en el acto de traslado de régimen pensional, se encontraba plenamente desarrollada y había comenzado con la sentencia 31989 de 2008, que se habían arrimado al proceso caudal probatorio como documentales que daban cuenta del trámite que había realizado el demandante con los fondos demandados solicitando su regreso al RPM, historia laboral, formulario de afiliación a Horizonte el 18 de abril de 1995 y consulta SIAFP, como también expediente administrativo allegado por Colpensiones; por lo que con dichos medios de prueba y si bien se peticionaba la declaratoria de nulidad del traslado, lo cierto era que la línea jurisprudencial ante dicha, había sido enfática en señalar que cuando se alegaba falta al deber de información, lo solicitado se estudiaba bajo la óptica de la ineficacia, ya que esa era la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la desinformación conforme lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Que con el interrogatorio de parte vertido por el demandante y los demás elementos de prueba traídos al proceso; se concluía conforme los lineamientos expuestos al respecto por la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral, Corporación que de manera pacífica había reiterado que para considerar libre la decisión de traslado era menester probar el suministro del deber de información a cargo de administradora de fondos de pensiones, el que para tenerse por satisfecho no era suficiente con diligenciar el formulario de afiliación, carga de la prueba en estos eventos estaba a cargo del fondo de pensiones que realizó el traslado al afiliado y dicha ineficacia, no sólo tenía cabida cuando el afiliado tenía una expectativa de pensión o un derecho causado.

Así las cosas indicó que a las voces del artículo 167 del CGP le correspondía a la parte que se encuentra en una situación más favorable aportar las evidencias a efecto de esclarecer los hechos; estando tal carga en cabeza de la hoy Porvenir S.A., por ser el fondo que promovió el traslado, debiendo probar que había cumplido el inexcusable deber de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

brindar al afiliado la información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el RPM al que se encontraba vinculado; señalándole las reales implicaciones que tendría dicha decisión de traslado.

Señaló que teniendo en cuenta la inversión de la carga de la prueba, de dichos medios allegados al proceso por las partes, no había sido posible tener la certeza o un conocimiento verdadero de si el asesoramiento prestado al demandante al momento de su afiliación a la hoy Porvenir S.A., fue malo o adecuado; ya que ni siquiera se señalaron las circunstancias de tiempo muy lugar en que ocurrió dicha vinculación, siendo escaso el material probatorio que aportaron las demandadas para controvertir los hechos de la demanda, debiéndose concluir que la demanda Porvenir, había faltado al deber de información, no siendo posible del interrogatorio rendido por el demandante, extraer confesión alguna que indicara que efectivamente fue asesorado en los términos señalados, pues su dicho no da cuenta una asesoría completa y objetiva sobre las circunstancias y efectos de la decisión de traslado a la luz de lo dispuesto en el artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993 y de igual forma, el interrogatorio de parte evacuado por el representante legal de esa AFP, no daba mayores luces al respecto; no pudiéndose predicar la existencia de consentimiento libre y voluntario e informado al momento del traslado del accionante, debiéndose acceder a las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia en sentido estricto del traslado régimen de pensiones efectuado por el actor a la entonces Horizonte, teniéndose como aseguradora para los riesgos de invalidez vejez y muerte a Colpensiones, ordenando a Porvenir SA, a devolver la totalidad dinero por concepto de cotizaciones realizados por la demandante junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones.

Indicó respecto de la excepción de prescripción que no salía adelante por cuanto así lo había señalado la Corte Suprema de Justicia; ya que lo pretendido se relaciona con el deber de examinar la expectativa de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

afiliada a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida y lograr el reconocimiento de la prestación pensional previo cumplimiento de los preceptos legales establecidos para tal fin, por dicho nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, dicha excepción no prosperaba.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indicó que no se había acreditado vicio del consentimiento alguno por parte del actor y un error sobre un punto de derecho no tenía la virtualidad de declarar la ineficacia de un acto, aunado a lo anterior, la carga de la prueba se encontraba prevista en el artículo 167 del CGP y decisiones de esta Corporación habían indicado que las partes tenían la obligación de probar los hechos en que fundaban sus pretensiones, aunado a ello se debía tener en cuenta las decisiones de la Corte Constitucional en cuanto a la descapitalización del sistema pensional causada con la decisión.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor ÁLVARO FRANCO ZULUAGA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 18 de abril de 1995, como se verifica de copia del mismo, allegado por la parte demandante en expediente digital.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de la afiliación, lo cierto es que tal cuestión se alega debido a la falta en el deber de información en el acto de traslado del RPM al RAIS, razón por la cual, como bien lo adujo el juzgador de instancia, lo pretendido se debe estudiar 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: *ÁLVARO FRANCO ZULUAGA* 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 que al señor Álvaro Franco Zuluaga, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Horizonte hoy Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: *ÁLVARO FRANCO ZULUAGA* Ddo.: **COLPENSIONES Y OTROS**

consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

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

De otra parte y contrario a lo señalado por la recurrente en recurso y alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM en su recurso y alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva 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, con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

A este respecto y en cuanto al traslado de aportes, se tiene que la decisión de primer grado omitió ordenar el traslado de lo descontado por gastos de administración, 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.*

Sentado lo anterior, al determinarse la procedencia del traslado de dichos gastos, en grado de **consulta a favor de Colpensiones**, se **modificará** el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de disponer el traslado de los mismos de manera indexada.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA 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 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, 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: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración debidamente indexados**, durante la vigencia de la afiliación del demandante al RAIS.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201900642-01 Dte: ÁLVARO FRANCO ZULUAGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión 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. 22-2019-642-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GLORIA LUCÍA BERNAL

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor DANIEL FELIPE RAMÍREZ, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Porvenir y Colpensiones y la parte demandante quien solicita se ratifique la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA LUCÍA BERNAL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad e ineficacia del traslado que realizara a Porvenir S.A., el 1 de diciembre de 1994, por la omisión de este fondo de informarle de manera clara, competente, veraz, oportuna y adecuada respecto a las implicaciones que le traería la decisión de cambio de régimen, que para efectos pensionales siempre ha estado afiliada al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Colpensiones a aceptarla como su afiliada, a Porvenir S.A. a realizar la devolución de aportes a Colpensiones que ella efectuó junto con rendimientos, ordenándole a esta última a reconocer y pagar a su favor pensión de vejez conforme las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, junto con retroactivo e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 14 de julio de 1961, que se afilió al ISS en el año 1989, instituto al que cotizó un total de 151 semanas, que fue abordada por un asesor de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y como consecuencia de la información errónea y cautivadora de dicho asesor accede a trasladarse a dicho fondo el 1 de diciembre de 1994, que para dicha data no fue asesorada por ese fondo de manera completa, clara, veraz y adecuada respecto de las diferencias de uno u otro régimen pensional y respecto de la implicación de su decisión, no se le informó respecto de la posibilidad que tenía de retornar al RPM, que Colpensiones tampoco realizó gestión alguna tendiente a brindarle asesoría sobre su decisión de traslado.

Señala que tampoco le indicaron cuánto capital debía acumular en su CAI para tener una pensión ni sobre qué monto, cómo era la distribución de su cotización en el RAIS, como tampoco respecto de la negociación del bono



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensional, ni le pusieron de presente proyecciones pensionales con observancia de su situación particular; no se informó sobre la prohibición legal de retornar al RAIS antes de cumplir 47 años de edad, que Porvenir S.A., en el 2019 le informó que no tenía soporte de la información a ella brindada en el acto de traslado a esa AFP, que dicho fondo certificó que contaba en junio de 2019 con 1235 semanas cotizadas, realizando una proyección pensional que dio como resultado que tendría una mesada pensional de \$1.594.000, mientras que el RAIS, dicha mesa ascendería a \$4.856.500, que solicitó ante las demandadas la anulación de su traslado y le fue negado.

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 numeral 1, 2 y 23, negó el No. 8 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia del pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público.

Por su parte, Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos negó los No. 4 a 7, 9 a 14, 20 a 23, aceptó los No. 15 y 24 y manifestó no constarle los demás los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido por falta de causa e inexistencia y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS el 14 de noviembre de 1994, ordenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados, ordenando a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Colpensiones recibir los mismos y ajustar la historia laboral del demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

Sobre la ineficacia del traslado al RAIS, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083 del 3 de septiembre de 2014, radicado 46292 del 18 de octubre de 2017, SL17595 y la más reciente SL3051 del 2021, manifestó que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en los siguientes términos: desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores opciones del mercado. En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte; de allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y formadas en la ética del servicio público. Con estos argumentos la sala ha defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Según se pudo advertir del anterior recuento las AFP desde su creación tenían el deber de brindar a los afiliados o usuarios del sistema a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesario al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Lo anterior es relevante pues implica la necesidad por parte de los jueces de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Así mismo, en cuanto al simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación, dicha corporación en proveído en comento expresó: “Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado; la Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones preimpresas consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, las cuales no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”; de esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes de hacer un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Ahora, en lo referente a la carga de la prueba, expone la corte que la misma se invierte a favor del afiliado a saber. Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quien le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando ello se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, en consecuencia, si se arguye que la afiliación la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En este sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta, entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó, dado que es quien está en la posición de hacerlo.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que la demandante se trasladó del ISS hoy Horizonte hoy Porvenir S.A., el 14 de noviembre de 1994, en esa perspectiva, le correspondía a Porvenir demostrar qué tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado, si la afiliación de este fue veraz, además de comprender las consecuencias tanto negativas como positivas de su decisión y como ello no sucedió, de ahí que el traslado se haya tornado ineficaz. Nótese que dentro del presente asunto, no se logra probar que Porvenir s.a., le haya brindado a la actora la información necesaria que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego conforme los preceptos jurisprudenciales, ni mucho menos que se le hubiera puesto de presente las características de cada régimen pensional para que este decidiera cuál era el que más le convenía a su situación pensional, pues sólo se logró confesión en cuanto a que la actora firmó el formulario de afiliación y si bien no se desconocía que la actora debía preguntar respecto de lo que había leído, el formulario era la única prueba allegada en que no daba cuenta del deber de información.

Por lo anterior el traslado se torna ineficaz debiendo Porvenir S.A., retornar al RPM los aportes efectuados por la demandante junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, siendo que Colpensiones se encontraba obligada a recibir los recursos objeto de traslado y actualizar la historia laboral de la demandante, reactivando su afiliación.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por las demandadas ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación, persigue de esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de este a elevar tal solicitud no prescribió.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó que al momento en que la demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, esa AFP cumplió con el deber de información y todas las obligaciones que le correspondían atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para ese momento, la demandante recibió la información necesaria y suficiente para comprender las consecuencias del traslado de régimen que estaba realizando, aunado a ello, el ordenamiento jurídico de la época no se exigía documentar la naturaleza de la información que estaba brindando pues simplemente bastaba con la suscripción del formulario de afiliación conforme lo establece el Decreto 692 del año 1994, siendo imposible jurídicamente a esa AFP exigirle que demuestre el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación de la demandante, que nacieron con mucha posterioridad primero por desarrollo jurisprudencial y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

más adelante por varias normas legales y reglamentarias que no tienen naturaleza retroactiva, que la demandante también estaba en la obligación de informarse sobre sus condiciones personales y más cuando es una persona que no es lega en la materia, tiene formación profesional de abogada, no existiendo una debilidad en cabeza de la de la demandante.

Afirmó que las condiciones y características del RAIS se encontraban establecidas en la ley 100 de 1993, normatividad que es de conocimiento público, la demandante gozaba de plenas capacidades en los términos del artículo 1502 del código civil y en cuanto a los gastos de administración, con la devolución de estos se está incurriendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que los mismos tienen una designación legal que es retribuir la gestión de administración que hacen las AFP, en tal sentido, esa AFP desde el año 1994 ha administrado con total diligencia y cuidado los aportes de la demandante, por virtud de lo cual, se han generado los rendimientos que se ven reflejados en su CAI y tales gastos de administración no hacen parte del porcentaje de cotización que se utiliza para financiar las prestaciones económicas a las que pudieran tener derecho los afiliados y si se entendiera que la afiliación se tornó ineficaz, equivaldría a decir también que la actora nunca se afilió al RAIS, por tanto nunca surgió a la vía jurídica y no habría lugar a la devolución tampoco de los rendimientos.

Por su parte, **Colpensiones**, recurrió señalando que no debía declararse la ineficacia del traslado del régimen del RPM al RAIS en la medida que se pretende invalidar un acto que fue válido y produjo efectos jurídicos tanto que la demandante efectuó aportes al fondo privado, no siendo posible derivar en una obligación alguna por parte de esa entidad y en sentencias SL4934 del 3200 y SL 6291 de 2021, no se casa la sentencia, para lo cual se adujo que si bien no se había demostrado que el afiliado hubiera recibido al momento de su traslado toda la información requerida, existían otros mecanismos que permitían colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen, que dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitud de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información de saldos, actualizar datos, asignación y cambio de claves entre otros; por lo que en la actualidad esta decisión tomada por los despachos judiciales de declarar la ineficacia de la afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrada en el artículo 48 de la CP y genera una situación caótica que altera la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando a su sostenimiento, debiéndose tener en cuenta también en cuenta las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y algunas del Honorable Tribunal Superior, que han indicado frente a la decisión del cambio de régimen que el afiliado no se encuentra disminuido su capacidad para celebrar actos y contratos y de su elección dependerá su futuro pensional, no siendo dable trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho que como Colpensiones que no intervino la decisión del afiliado al momento de afiliarse al RAIS.

Que el deber de asesoría sólo estableció desde el año 2014, que la demandante es abogada y que si bien no es especialista en la materia debió haberse informado de las consecuencias de su traslado y no puede alegar una falta de información; que en caso de confirmarse la sentencia, se ordene a la AFP a trasladar la totalidad de cotización, es decir, todos recursos de CAI de la demandante, proporción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA BERNAL, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., mediante formulario suscrito con dicha AFP el 14 de noviembre de 1994, como se verifica de copia de dicha documental allegada por esta.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, 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.

Es así como en estos casos, contrario a lo indicado por Colpensiones en sus 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 Porvenir S.A. en su recurso, ninguna de ellas da cuenta que a la señora Gloria Bernal, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., entonces Horizonte Pensiones y Cesantías a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose reputar libre y voluntario dicho traslado como lo señalan las recurrentes también en sus alegaciones, cuando la actora no conocía las incidencias 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 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por las 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 esa AFP, probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta, únicamente da cuenta de los datos personales de la demandante, más no da fe del suministro de la información en los términos señalados en el acto de traslado.

De otra parte y como lo indican las recurrente, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que 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, obligación que se itera, no se encuentra demostrada, aunado a lo cual, el nivel académico de la actora, no es óbice para omitir la obligación bajo estudio, pues esta se debe garantizar a **todos** los afiliados, con independencia de su profesión u oficio.

Ahora, en cuanto al argumento de 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que aún no es posible determinar que dichos recursos no sean suficientes para financiar la pensión del demandante.

Sobre este punto, de igual forma no sale adelante el argumento planteado en recurso y alegaciones por parte de Porvenir 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, 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)*

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

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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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.

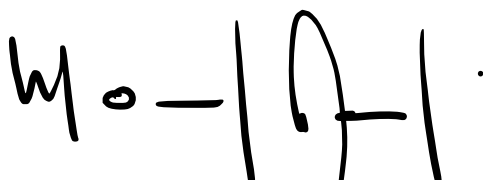
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

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. 22201900642-01 Dte: GLORIA LUCÍA BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2020-318-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora YESSICA PAOLA COLLAZOS, 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 agosto 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 23 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., entidades que solicitan se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare nulo y sin



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

validez el traslado que realizara el 1 de abril de 1996 del RPM al RAIS por intermedio de Porvenir S.A., y posteriormente a Skandia AFP, como el acto por medio del cual retornó a Porvenir S.A., ante la omisión de dichas AFP de informarle con prudencia, pericia, de manera clara, completa, veraz, suficiente y oportuna respecto de las implicaciones que tendría dicho traslado de régimen; como consecuencia de tal declaración, solicita se disponga que continúa afiliado al RPM administrado por Colpensiones y se condene a esta a recibirlo nuevamente como afiliado y a recibir los valores ahorrados por él mientras permaneció en el RAIS, contabilizándolos para efectos pensionales, se condene a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones los valores depositados en su CAI, con todos los frutos y rendimientos, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 15 de septiembre de 1955, que estuvo afiliado al ISS entre enero de 1978 a febrero de 1996 y estando afiliado al RPM, fue trasladado a Porvenir S.A., posteriormente a Skandia AFP y luego retornó a Porvenir S.A., que dichos traslados tuvieron lugar como consecuencia de ofrecimientos errados por parte de los asesores de las AFP en mención, ya que no fue asesorado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, beneficios, riesgos, desventajas y ventajas, no se le indicó cómo se distribuía su aporte en dicho régimen, si tenía derecho a bono pensional y cómo redimirlo, no le pusieron de presente proyecciones pensionales.

Indica que Colpensiones tampoco le suministró información tendiente a indicarle los peligros o desventajas de trasladarse al RAIS, que ha cotizado un total de 1291 semanas en ambos regímenes, que solicitó a Porvenir S.A., proyección pensional, entidad que le indicó que su mesada pensional ascendería a \$5.500.000, mientras que de haber permanecido en el RPM, esta ascendería a \$13.732.000, por lo que solicitó en el año 2020 a Colpensiones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

se tuviera por nulo su traslado, petición que le fue negada; lo propio ocurrió respecto de Porvenir S.A.

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, 15, 19 y 20, negó el No. 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción.

Por su parte, SKANDIA AFP, de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1 a 3 y 22, manifestó no constarle los No. 15 a 21 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y pago.

PORVENIR S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestó no constarle los hechos No. 1, 2, 14, 15, 19 y 20 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas por el demandante, condenándolo en costas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que los afiliados al sistema tenían derecho a escoger de manera libre y voluntaria el régimen al que quería pertenecer conforme los preceptos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y para predicar dicha libertad debía mediar consentimiento el informado, de igual forma, el artículo 1604 del CC, consagraba que la diligencia o cuidado correspondía a quien había debido emplearla, de tal manera la carga de la prueba de brindar el deber de información en estos casos recaía sobre las AFP, por su carácter de entidad profesional.

Que al efectuar el análisis de las pruebas allegadas, se encontraban los documentos que daban cuenta del traslado del actor al RPM y RAIS, a este último el 8 de marzo de 1996, por intermedio de Porvenir, posteriormente el 1 de agosto de 2011 a Skandia y retorna nuevamente a Porvenir en el 2018, AFP a la que se encuentra afiliado; que en cuanto al deber de información la Sala Laboral de la CSJ, ha concluido el deber de las AFP de brindar una información completa y necesaria al afiliado que le permita conocer de manera clara las consecuencias de su decisión de traslado, línea que inició con la sentencia 31989 de 2008 y que se mantiene y ha venido evolucionando en la actualidad, que frente al actor, no había un beneficio transicional, pero era deber de las AFP haberlo informado en el acto del traslado y de no haberlo hecho, el traslado desembocaría en una ineficacia.

Indicó que Porvenir S.A., siendo la AFP que promovió el traslado primigenio, no había allegado elementos de convicción suficientes con los cuales acreditara el suministro de información al demandante en los términos señalados por la CSJ, lo que le correspondía a esta en virtud de la inversión de la carga de la prueba, ya que sólo se había allegado al efecto formulario de afiliación que daba cuenta del traslado, el que no era suficiente para concluir que el acto de traslado fuera informado y del interrogatorio de parte al demandante tampoco se podía extraer confesión alguna mediante la cual se pudiera verificar el recibo de información del RAIS ni del RPM.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

No obstante lo anterior, afirmó que no se podía pasar por alto la situación pensional del actor en observancia de los pronunciamientos de la CSJ, existiendo una confesión respecto de la calidad de pensionado del actor por intermedio de Porvenir S.A., hecho que conforme lo señalado en la sentencia SL 373 de 2021, impedía declarar la ineficacia deprecada, ya que indicó que recibía prestación pensional aproximadamente desde marzo de 2021, no siendo posible retrotraer su estatus de pensionado, debiendo absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que debía tenerse en cuenta las situaciones especiales en las cuales se había presentado el reconocimiento pensional al actor por parte de Porvenir, el que tuvo lugar después de que se presentó la demandada y dado que el actor no tenía otro tipo de ingreso para subsistir él y su familia y las situaciones fácticas de la sentencia que fundamentó la decisión apelada eran distintos a los de este proceso, debiéndose aplicar a su favor, el principio de indubio pro operario.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor FLAMINIO ÁLVAREZ, se circunscribe a que se declare la nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Porvenir S.A., en marzo de 1996, como se verifica de copia del mismo aportada por esta demandada al plenario, no ofreciendo reparo los traslados que se efectuaran con posterioridad por el actor dentro del RAIS a AFP Skandia, así como su retorno a Porvenir S.A.

En este orden, sea lo primero señalar que como cuando en este caso se alega la falta al deber de información, lo peticionado se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, línea jurisprudencial que ha indicado en sentencias



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; entre muchas otras proferidas en estos asuntos que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 demandas Colpensiones y Porvenir S.A. en alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Flaminio Álvarez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante proveniente el RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

No obstante lo anterior, en el presente, existió confesión respecto a que el demandante, ostenta la calidad de pensionado, prestación que le fuera concedida por parte de la demandada Porvenir S.A., desde el año 2021, como este mismo lo aceptara al absolver interrogatorio de parte.

Es así como, para el caso de quienes como el actor peticionan la ineficacia del traslado pensional cuando ya adquirieron el estatus de **pensionado** en el RAIS, el criterio jurisprudencial que venía sosteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era el señalado en sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, reiterado en otras como las SL 17597 de 2017 y SL 4933 de 2019, pronunciamientos según los cuales como señala la recurrente, procedía la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando no se comprobaba el suministro de la información pertinente en los términos antes señalados previo al acto del traslado de régimen pensional; no obstante ello, la Corporación de Cierre de esta jurisdicción se apartó del anterior criterio en mención en reciente sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, oportunidad en que indicó que no resultaba procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando quien lo solicitaba, ostentaba la calidad de pensionado, debido a las múltiples y complejas situaciones que habría que revertir ante los efectos de dicha ineficacia, en pronunciamiento en mención indicó:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:***

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia y atendiendo carácter vinculante de la jurisprudencia proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, se tiene que si bien la AFP Porvenir S.A., conforme el caudal probatorio recaudado, no demostró que para la fecha de afiliación del actor a esta, lo ilustró sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro; **no es posible** acceder a su pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado, ya que como se señaló, confesó tal estatus de pensionado.

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Dicho estatus impide, se itera acceder a la pretensión principal con apego a reciente criterio jurisprudencial en cita, circunstancia que determina que retrotraer los efectos de su afiliación al RAIS como lo pretende, traería consigo una cantidad considerable de consecuencias que resultan perjudiciales para el sistema pensional, ya que su afiliación, cumplió con su objetivo principal, como lo es el acceso a una de las prestaciones propias que concede este, la prestación por vejez, si se tiene en cuenta que la pensión a la que accedió, implicó el cese de las cotizaciones previo a que el actor, alcanzara la edad requerida por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para pensionarse, lo que determina que de accederse a la pretensión de ineficacia del traslado, el sistema pensional sufriría un detrimento patrimonial.

En este sentido y contrario a lo señalado por el recurrente, la situación particular del actor cuando medió el reconocimiento pensional, no determina que la sentencia que fundamentó la decisión de primer grado y que se confirmará en esta oportunidad, no le sea aplicable a su caso, pues para el efecto únicamente se requiere que cuente con el estatus de pensionado, siendo dicho pronunciamiento plenamente aplicable a su caso ante la confesión de ostentar tal calidad.

Por lo anterior, se **confirmará** la absolución dispuesta en 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: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202000318-01 Dte: FLAMINIO ÁLVAREZ GUEVARA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-213-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DAISY ELENA MÁRQUEZ

DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta y un (31) días del mes de agosto 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 la sentencia proferida el 7 de julio de 2021, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora DAISY ELENA MÁRQUEZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que tiene derecho a reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Carmelo José Blanco, quien falleció el 26 de septiembre de 1989; como consecuencia de tal declaración peticiona se condene a la demandada a efectuar el pago de dicha prestación a partir del 26 de

septiembre de 1989, junto con pago de retroactivo e incrementos legales. (fl. 6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ella y el señor Carmelo Blanco convivieron ininterrumpidamente aproximadamente por espacio de 10 años y hasta la fecha de deceso de este último, que como consecuencia de tal unión, procrearon a Paola del Carmen Blanco Márquez, que el señor Blanco falleció el 26 de septiembre de 1989 y era pensionado por parte de la sociedad Puertos de Colombia, por medio de resolución 18785 del 5 de febrero de 1975, que la señora Rosa Elena Monera fue cónyuge del causante y dejó de convivir con él los 13 años anteriores a su muerte, que a favor de esta última se reconoció la prestación reclamada en resolución 203 del 13 de febrero de 1990.

Que solicitó el reconocimiento y pago de pensión a favor de su hija y le fue reconocida en la resolución antes señalada, que ella y el causante tenían relación de pareja, convivían en Cartagena, siempre dependió de los ingresos que devengaba el señor Blanco producto de su pensión y por ello posteriormente elevó reconocimiento pensional a nombre propio la que le fue negada, que tuvieron diferencias en razón de los gastos de mantenimiento del hogar y por ello se vio avocada a instaurar en contra del causante demandada de alimentos. (fls. 7 y 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP, se opuso a la prosperidad pretensiones, respecto de los hechos, manifestó no constarle ninguno de ellos, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación en caso de que el demandante no demuestre su calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente, buena fe y prescripción. (fl. 79).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, declarando probados los hechos sustento de las excepciones y condenó en costas a la actora. (fl. 271)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Para resolver lo primero que debe señalarse es que dentro del presente proceso no existe discusión en cuanto a que la empresa de Puertos de Colombia mediante resolución 1557 del 6 de diciembre 1974 la cual aparece en medio magnético que obra a folio 87, reconoció al señor Carmelo José Blanco Contreras que en paz descanse una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de 14.370,85 a partir del 20 de septiembre de 1974. Por otra parte se evidencia que mediante la resolución número 203 del 13 de febrero de 1990 se sustituyó la pensión de jubilación que percibía el señor Blanco Contreras en un 50% a favor de la señora Rosa Elena Munera de Blanco, así como en un 50% a favor de Paola del Carmen Marina de Jesús Hoy Valeria Blanco Márquez representada por su señora madre Daisy Elena Márquez, la primera en calidad de cónyuge y la segunda hija respectivamente advirtiendo el juzgado que la señora Rosa Elena Murera falleció el 12 de diciembre de 1988 como consta en certificación expedida por la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá que también aparecen en medio magnético que obra a folio 87 del expediente, finalmente se tiene que la señorita Valeria Márquez se le reconoció la sustitución pensional hasta marzo 2002 luego se le pagó lo correspondiente a 11 días del mes de julio 2005 por acreditar la calidad de estudiante en el segundo semestre de esa anualidad y cumplir los 25 años el 11 de julio de ese mismo año tal y como consta a folio 87 donde el Ministerio de Protección Social señaló los siguiente: observaciones, allego certificado estudio del segundo semestre de 2005 con recado 011399 del 10 de agosto 2005, estuvo activa en nómina hasta marzo de 2002, representada por Daisy Elena Márquez Galván la cédula cumplió 25 años el 11 de julio 2005 se le cancelaron 11 días del mes de julio de 2005 por \$407.293 pesos con 15 centavos, la fecha de vencimiento para el área de nómina 31 de diciembre de 2005.

Bajo los anteriores presupuestos el despacho procede a resolver la solicitud de sustitución pensional indicando en primer lugar que la ley que se aplica para efectos de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la vigente a la fecha en que se produce el fallecimiento del afiliado pensionado así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes decisiones entre las que se encuentra la que tiene el recado 27593 del 2 de marzo de 2007, la 40055 el 29 de noviembre de 2011, la 43572 del 21 de marzo de 2012, la 41024 del 30 de enero de 2013, la SL 2925 del 2018, la SL 4165 del 2018, solamente por mencionar algunas. Por lo anterior y como quiera que el señor Carmelo José Blanco Contreras falleció el 26 de septiembre de 1989 hecho que se acredita con el Registro Civil de defunción que aparece en el medio magnético que figura folio 87 del plenario la norma que gobierna el asunto bajo estudio la ley 33 del 73 así como la ley 1275 y decreto 1160 de 1989 vigente al momento del deceso del señor Blanco. Así las cosas la normativa citada permite concluir que el derecho que tiene la compañera de acceder a la sustitución pensional está sometida a la condición, la que consiste en que únicamente la compañera tiene derecho a sustituir la pensión cuando no exista cónyuge esto a la luz de la norma referida que no existe cónyuge cuando aquella ha fallecido o sea declarada la nulidad de matrimonio o existe divorcio del matrimonio civil. Por su parte en cuanto al tema de la sustitución pensional causada en vigencia a la ley 33 del 73, la ley 1275 cuando la prestación la pretende tanto la cónyuge como la compañera la Corte Suprema de Justicia adoctrinado que la compañera del causante para acceder a la pensión de sobrevivientes solo si falta la cónyuge aunque ya haya perdido ese derecho en efecto en la sentencia SL 12014 de 2016 precisó la corte, el tribunal para efectos de resolver la controversia sometida a escrutinio si bien es cierto que tuvo en cuenta algunas de las disposiciones que resultaban pertinentes aplicar como son los artículos primero de la ley 3773 y la ley 12 del 75 así como los artículos 5 y 6 del decreto 1160 del 89, toda vez que las normas que gobiernan el derecho a la pensión de sobrevivientes en disputa son las anteriores a la ley 100 del 93 en atención a que el fallecimiento del pensionado se produjo antes de dicha normativa también es que le permitió referirse a lo que dispone el artículo 7 del citado decreto para examinar en perspectiva dicha norma si se daba alguna de las eventualidades allí previstas para que se entienda la pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente pues simplemente razonó diciendo que el derecho a la compañera permanente es condicional es decir que está únicamente tiene derecho a la sustitución cuando no exista cónyuge y era pertinente acudir a la citada preceptiva para definir a quién le

asistía el derecho a la sustitución pensional por cuanto el mismo se encontraba en disputa entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente del causante, en tanto que el artículo 7 del decreto 1160 del 89 en su texto original prevé que cuando se entiende que el cónyuge sobreviviente pierde el derecho a la sustitución pensional esto es cuando se haya disuelto la sociedad conyugal, o exista separación legal y de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hubiere vida en común con él salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado este el hogar sin justa causa o impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrara con prueba sumaria, sin embargo las subraya fue declarada por el Consejo de Estado nulo, pero el resto de la norma se mantiene vigente y es aplicable al presente asunto en atención a que el causante falleció el 22 de agosto del 92, lo dicho por la corte esa decisión fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1943 del 2018, radicado 59508 del 30 de mayo de esa anualidad.

Bajo ese contexto normativo jurisprudencial es claro para el juzgado que la compañera o compañero permanente es beneficiario de la sustitución pensional solamente a falta de cónyuge en los eventos señalados en el artículo 6 del decreto referido estando en cabeza del compañero permanente desvirtúa la existencia a la pérdida del derecho por parte de la cónyuge atendiendo la prestación causada bajo a la luz de la ley 33 del 73, la ley 1275 y el decreto 1160 de 1989 aclarado lo anterior el despacho procede a verificar en el presente caso si se cumplen los requisitos para que la compañera permanente puede acceder a la prestación anhelada, siendo ello así en el caso de estudio como se indicó, la empresa Puertos de Colombia mediante la resolución número 203 del 13 de febrero del 90 ordenó el reconocimiento y pago de la sustitución personal en un 50% a favor de la señora Rosa Elena Munera de Blanco en calidad de cónyuge supérstite del señor Carmelo Blanco, calidad que además se haya acreditado con la constancia expedida por el arzobispado de Cartagena de Indias que aparece en el medio magnético que figura folio 87 documento que dicho sea de paso no tienen ninguna nota marginal siendo ello así la demandante ha debido cuestionar el derecho que le fue otorgado a la cónyuge, hecho o situación que no se acreditó en el caso de estudio por el contrario se haya acreditado que la señora Rosa Munera en su condición de cónyuge demostró ante la entidad convocada a juicio que tenía el derecho a la sustitución pensional en tal condición o mejor en su condición de cónyuge del pensionado fallecido, nótese que la aquí demandante conocía la situación de la existencia de la señora Munera, así como que aquella ostenta la calidad de cónyuge del señor Blanco, además en su momento ningún reparo ofreció frente al reconocimiento de la sustitución pensional que se efectúa la señora Rosa Munera en un 50% y solo después de 27 años y con la presentación de esta demanda y luego del fallecimiento de aquella fue que cuestionó la convivencia la señora Munera con el señor Blanco al indicar en el hecho 3.6 que aquella dejó de vivir con el causante hacía 13 años anteriores al deceso de aquel, no logrando desvirtuar con esa sola afirmación y con lo dicho por qué rindieron declaraciones del proceso y testimonios dentro del presente proceso esto es Jesús María Márquez González, Jairo José Silvera de la Orta, Rumari Guerrero, Mercedes Guerrero y aún Valeria Blanco pues si bien refieren que el causante convivió con la demandante, con esos testimonios no se logró desvirtuar la calidad de cónyuge que haya demostrado a la terminal marítima de fluvial de Cartagena para reconocer la sustitución pensional a la señora Munera mediante resolución 203 del 13 de febrero de 1990 en la que refirió a las declaraciones extra juicio rendidas por los señores Javier Libardo Castillo y Soledad Cristina Fuentes señalando que aquellos manifestaron que el señor Franco y la señora Munera convivieron por 60 años y que aquella dependía económicamente de su esposo.

En conclusión la demandante no acreditó que al momento de la muerte del señor Blanco la cónyuge hubiera perdido el derecho tampoco que el matrimonio del causante y la señora Munera estuviera revestida de alguna Nulidad y que se hubieren cesado los efectos civiles de ese matrimonio por tanto el derecho se encuentra bajo la normatividad antes referida encabeza la cónyuge, el que se mantuvo consolidado situación que impide que la señora Daisy Elena Márquez se beneficie a la prestación solicitada, siendo ello así el despacho no le queda otro camino que absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, por cuanto el derecho a la cónyuge bajo la normatividad que regía para ese momento es preferente en relación con el que tiene la compañera permanente de haberse demostrado la convivencia de la demandante con el causante sería de manera

simultánea o por tanto el derecho también le asistiría a la cónyuge no pudiendo acceder a ese derecho a la que la compañera permanente, más aún cuando el despacho al revisar los testimonios rendidos dentro del presente proceso interrogatorio de parte por la accionante encontró algunas contradicciones en sus dichos que no lograron acreditar la convivencia del causante con la cónyuge con la compañera permanente aquí demandante, por el contrario cómo se indicó en precedencia se haya acreditada la convivencia con la cónyuge y que ese vínculo se mantuvo vigente hasta el deceso del pensionado fallecido del señor Blanco por tanto el despacho absolverá de todas y cada una de las pretensiones a la parte demandada debiendo declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante**, señalando:

Si bien es cierto que se consideró en lo manifestado por usted que la única beneficiaria posible que existió en vigencia de la ley 33 del 73 y demás disposiciones que usted acaba de indicar las normas digamos no excluyen, no permiten excluir a quien efectivamente también convivió con él al momento de su fallecimiento por tal razón presentar la existencia simultánea de 2 o más compañeras permanentes o cónyuge y compañera permanente en un asunto no gobernado expresamente en la legislación vigente para la época del causante no es menos cierto que de acuerdo con los criterios señalados por la jurisprudencia acerca de lo que debe entenderse por convivencia aplicar al surgimiento del derecho de sustitución pensional es posible que una persona mantuviera por separado pero simultáneamente una convivencia o vida marital con dos personas pero ello no indica que ante la falta de una regulación expresa la solución lógica fuese la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo podrían haber cumplido con los requisitos en las normas aplicables, de hecho hemos visto jurisprudencias dictada sobre estos asuntos similares donde en proporcionalidad el tiempo convivido entre una y otra de las cónyuges las decisiones judiciales amparan a las dos cónyuges o a las dos personas que convivieron con el cónyuge en proporción al tiempo que convivieron con aquel, entonces digamos que la solución que usted acaba de señalar pues es aplicar una norma donde excluye de manera tajante a quien convivió efectivamente al momento del fallecimiento con el señor Carmelo también llama la atención Sra. juez que digamos que las disposiciones aplicables y los hechos fundantes de los actos administrativos estaban orientados a que no se demostró el elemento convivencia.

Ahora bien usted señala en esta decisión que al haber existido cónyuge pues de tajo releva el derecho a la sustitución pensional a quien convivía con ella entonces no se observa que en las disposiciones en las cuales usted funda su decisión para negar la pensión en ninguna parte exija de un lapso de tiempo para reclamar, tampoco exigen que el causante haya hecho vida marital exclusiva o singularmente con la señora Rosa como usted lo indicó y que solo exista la posibilidad de una sola persona para reclamar cómo se ha entendido, entonces de tajo, consideramos que existe una circunstancia en donde dos personas pudieron haber ostentado una la calidad de cónyuge que no se negó en ningún momento y la otra de compañero permanente no conviviente de un mismo Causante y esa situación no es razón suficiente para negarle a una de ellas el derecho a la sustitución pensional, esta situación no fue reglada por la ley y nada impide que las decisiones judiciales como lo han señalado, lo reiteró decisiones de la Corte Suprema citó una del 3 de junio de 2004 radicación 21474 que señala “ para la corte entonces se trata de personas que están en las mismas condiciones esenciales como son haber tenido convivencia con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte y haber procreado hijos con él únicos elementos a considerar para efectos de determinar la sustitución pensional en el sublite pues no puede apelarse a aspectos meramente circunstanciales”, entonces en ese marco no queda excluido del tal circunstancia o de tal hecho la existencia de la señora Rosa y de la existencia de la señora Deisy que convivieron realmente en tiempos diferentes con el causante, lo que sucede es que por una situación jurídica de que tenía un vínculo matrimonial pues se presentó y le fue reconocido el derecho pero eso de tajo no excluye la posibilidad a que quien

ha actuado de buena fe tampoco tuviera esa posibilidad de acceder al reconocimiento de la pensión.

Ahora bien con respecto aquellos elementos que usted señala de las declaraciones testimoniales pues no hizo mención a qué circunstancias consideraba el despacho no fueron claramente validadas; sin embargo es importante señalar que las 3 declaraciones que se presentaron aunado a las pruebas documentales sí permiten inferir que la señora Daisy Márquez convivió con el señor Carmelo no menos de 10 años anteriores a su fallecimiento, entonces en virtud de ello considero señora juez que la aplicación de las disposiciones como usted lo hace riñe con principios del derecho constitucional en especial el de igualdad entre la cónyuge y la compañera permanente que convivía al momento del fallecimiento y esa decisión pues afecta notoriamente a la persona que yo represento, en ese orden de ideas señora juez consideró que la aplicación de estas disposiciones dejan en desventaja y no se aplicaron de manera justa a la luz de los diferentes fallos jurisprudenciales dados por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a cuando se encuentra acreditada la convivencia entre cónyuge y compañera permanente pues se ha dado soluciones que no se encuentran consagradas en las disposiciones por tener precisamente estos vacíos.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado, la sala determinará si le asiste derecho a la demandante de acceder a la sustitución pensional reclamada.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Carmelo Blanco, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 26 de septiembre de 1989 (fl. CD 87), también quedó fuera de debate que el causante al momento de su fallecimiento se encontraba pensionado por jubilación por parte de la Sociedad Puertos de Colombia, prestación que le fuera reconocida a través de resolución 1557 del 6 de diciembre de 1974, prestación que posteriormente le fuera sustituida a su cónyuge, señora Rosa Elena Múnera y a la hija del causante entonces menor de edad, en proporción del 50% para cada una y a través de acto administrativo 38280 de 1990; igualmente quedó fuera de discusión que la señora Rosa Múnera, falleció el 12 de diciembre de 1998.

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 como lo refirió la juzgadora de instancia, la Ley 33 de 1973 que al efecto indica en su artículo 1:

Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o

semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

Por su parte, la Ley 12 de 1975

ARTÍCULO 1°.- *El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.*

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 1160 de 1989 previó en su artículo 6 los beneficiarios de la sustitución pensional, señalando:

Artículo 6°.- *Beneficiarios de la sustitución pensional.* Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil.

De la sola lectura de la normatividad antes transcrita, se desprende claramente que la compañera permanente, únicamente podía ser beneficiaria de sustitución pensional a **falta de cónyuge**, pues las normas aplicables para la data de fallecimiento del señor Carmelo contrario a lo señalado por el recurrente, no contemplaron posibilidad alguna de sustituir la prestación de que gozaba entre la cónyuge y compañera permanente pues no regularon posibilidad alguna de convivencia simultánea y como quedó probado, la pensión del causante fue sustituida a su cónyuge Rosa Múnera; al punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12014 de 2016, M.P. Jorge Luis Quiroz, señaló que para que la compañera permanente del causante pudiera acceder a la sustitución pensional, debe demostrar la pérdida del derecho de la cónyuge sobreviviente, así lo indicó en la decisión en comento:

El Tribunal para efectos de resolver la controversia sometida a su escrutinio, si bien es cierto que tuvo en cuenta algunas de las disposiciones que resultaban pertinentes aplicar, como son los artículos 1° de las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, así como los artículos 5° y 6° del Decreto 1160 de 1989, toda vez que las normas que gobiernan el derecho a la pensión de sobrevivientes en disputa son las anteriores a la Ley 100 de 1993, en atención a que el fallecimiento del pensionado se produjo antes de dicha normativa, también lo es que pretermitió referirse a lo que dispone el artículo 7° del citado decreto para examinar en perspectiva de dicha norma si se daba alguna de las eventualidades allí previstas para que se entienda la pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente, pues simplemente razonó diciendo que “el derecho de la compañera permanente es condicional, es decir, que ésta únicamente tiene derecho a la sustitución pensional cuando no exista la cónyuge”.

Y era pertinente acudir a la citada preceptiva para definir a quién le asistía el derecho a la sustitución pensional, por cuanto el mismo se encontraba en disputa entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente del causante, en tanto que el artículo 7° del citado Decreto 1160 de 1989, en su texto original prevé cuándo se entiende que el cónyuge sobreviviente pierde el derecho a la sustitución pensional, esto es, “...cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía., hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.”, sin embargo, las subrayas fue declarado nulo en el Consejo de Estado, pero el resto de la norma aún se mantiene vigente y es aplicable al presente asunto, en atención a que el causante falleció el 22 de agosto de 1992.

En las condiciones que anteceden, como el sentenciador de alzada no se ocupó de constatar si aparecía demostrado o no la pérdida del derecho de la cónyuge supérstite, para de esa forma definir el derecho que disputa la compañera permanente del causante, es decir, si se daban los supuestos que quedaron vigentes de la norma anteriormente transcrita, esto es, si en el momento del deceso del causante no hacía vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se debe demostrar con prueba sumaria, se impone concluir que efectivamente se produjo la violación denunciada y en esa medida los cargos son fundados.

No obstante lo anterior, no tienen vocación de prosperidad, en cuanto en sede de instancia se llegaría a la misma conclusión del Tribunal.

En efecto, no obra en el plenario ningún elemento probatorio que conduzca a inferir que para cuando se configuró el derecho a la sustitución pensional, la cónyuge del causante lo haya perdido por configurarse alguna de las eventualidades que allí se mencionan, cuya carga probatoria le incumbía a quien pretendía beneficiarse de esa circunstancia, para radicarlo en cabeza

de su compañera permanente, máxime en este caso en el que la esposa ya había fallecido para cuando se presentó la respectiva demanda y fue a ella a quien la entidad le reconoció la pensión de sobrevivientes, pues si bien los testigos Blanca Esperanza Piedrahita Chauza y Luis Arnulfo Agreda (folios 56 a 66), aluden a que era la actora quien convivía con el pensionado, y que en la Resolución 7355 del 22 de diciembre de 1992 (folio 8), se informa sobre la separación de hecho con su esposa, esa sola circunstancia no es suficiente para acceder a la pensión de sobrevivientes impetrada. (Negrilla fuera del texto original).

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se observa que como bien lo adujo la juzgadora de instancia para el presente caso, no se allegó prueba alguna que permitiera concluir que la señora Rosa Múnera hubiera perdido el derecho a ser beneficiaria de la prestación de que gozaba en vida el causante, pues contrario sensu, a ella fue quien la sociedad Puertos de Colombia le reconoció la prestación atendiendo a su calidad de cónyuge del señor Carmelo.

Aunado a lo anterior y si bien el aparte del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989, que contemplaba el derecho a la sustitución pensional de la compañera permanente únicamente a falta de cónyuge, fue declarado nulo por parte del Consejo de Estado, dicha decisión fue proferida sólo hasta el 12 de octubre de 2006, por lo que a la fecha de fallecimiento del señor Carmelo, la disposición en comento y antes transcrita, gozaba de plena vigencia, siendo claro que la demandante no tiene derecho a que se le sustituya la prestación reclamada ante la existencia de cónyuge del actor, debiéndose **confirmar** la decisión de primer grado.

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 apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 26 2020 00328 01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: GERMÁN ARÉVALO PULIDO
DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. 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 D.C., a los Treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Juzgado el 26 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 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 entidad demandada y parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor GERMÁN ARÉVALO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin se DECLARE que tiene

derecho al pago de indemnización sustitutiva como producto de las cotizaciones efectuada al ISS, junto con intereses de mora.

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 30 de agosto de 1955, cotizó al entonces ISS 322 semanas, que solicitó el reconocimiento de indemnización sustitutiva ante la demandada, siéndole negado en resolución SUB 178739 del 4 de julio de 2018, siendo confirmada tal negativa en acto administrativo DIR 14987.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, los aceptó todos. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar indemnización sustitutiva al demandante en la suma de \$4.552.371 y la condenó en costas.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la indemnización sustitutiva se encontraba consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y conforme la sentencia 45545 de 2011 emitida por la CSJ, indicó que las pensiones especiales consagradas en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pensión sanción era independiente a las que debía reconocer el ISS y debía ser reconocida por el empleador; no operando la subrogación del ISS respecto de las pensiones consagradas en la normatividad en mención.

Que conforme al caudal probatorio allegado, se advertía que al demandante se le había reconocido pensión sanción que era independiente a las prestaciones a cargo del ISS, al punto que esta estaba a cargo del Fondo de Pensiones Públicas, con cargo a los recursos apropiados del EDIS y conforme la historia laboral aportada por la demandada, se observaba que los aportes del actor a dicho Instituto se habían realizado a través de empleadores del sector privado, de suerte que la fuente de tales cotizaciones, no sólo eran diferente sino que estaban a cargo de diferentes entidades y en el evento del actor no se trataba de dos pensiones, sino de

una pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, norma que propendía por proteger la estabilidad laboral de los trabajadores; por lo que esta y la indemnización sustitutiva solicitada eran compatibles ya que no cubrían el mismo riesgo, su fuente de financiación era distinta y no se trataba de 2 asignaciones del tesoro público, pues esta última derivada de cotizaciones a través de empleadores del sector privado y no por erogaciones del sistema público, habiendo lugar a condenar al pago de la indemnización solicitada por las 322 semanas cotizadas por el actor al ISS, teniendo en cuenta para el efecto el 8.78% y como salario básico semanal la suma de \$161.029.

Refirió que no había lugar a imponer condena por concepto de intereses moratorios ya que estos procedían cuando había mora en el pago de mesadas pensionales y la indemnización sustitutiva se había liquidado a la fecha de dicho fallo, no existiendo pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

CONSIDERACIONES

En el presente, no fue objeto de reparo la calidad de pensionado que ostenta el actor por parte de Bogotá Distrito Capital, entidad que le reconoció pensión sanción, como tampoco que efectuó cotizaciones al ISS a través del sector privado entre 1976 a 1998, como se verifica de historia laboral del actor expedida por Colpensiones el 9 de marzo de 2021 y que obra en expediente digital.

Conforme lo anterior, se tiene que el demandante solicita la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y no la pensión de vejez, prestación que tiene similares componentes a la devolución de saldos prevista en el RAIS, como lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No 46635 del 2015, M.P. Elsy del Pilar Cuello.

Así se tiene que en casos como en el presente en el cual, al demandante, le fue reconocida pensión sanción por parte del Bogotá Distrito Capital y solicita el reconocimiento y pago de indemnización sustitutiva por los aportes que efectuó al ISS a través del sector privado, en pronunciamiento proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema en sentencia SL 5268 del 27 de octubre de 2021, reiteró la naturaleza de la prestación prevista

en la Ley 171 de 1961, la que se concede con **independencia de la afiliación o cotización al ISS**; así se pronunció en la decisión mencionada:

Al respecto, esta Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, sea la originada con el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, no fueron derogadas ni remplazadas por la de vejez que asumió el ISS conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, puesto que constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador.

*Lo anterior, por la potísima razón de que la prestación restringida de jubilación mencionada contiene un carácter subjetivo, **el cual clama por la estabilidad laboral de los trabajadores y que sanciona al empleador que los despedía luego de una cantidad considerable de años de servicios, por lo que no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez**, y así fue recientemente reiterado y precisado por esta corporación en sentencia CSJ SL4374-2020. (...).*

*De otro lado, frente al argumento del Tribunal, ratificado por la opositora, según el cual al no tenerse en cuenta la afiliación y pago de aportes realizados por parte del empleador al ISS, se infringe el principio de confianza legítima, puesto que éste – el empleador – contaba con la subrogación del riesgo de la vejez en dicha entidad, resulta un razonamiento contrario al criterio de esta Sala de la Corte, **el cual ha sido claro en precisar que la afiliación al ISS no incide en la pensión restringida de jubilación de que trata el art. 8 de la L. 171/61, puesto que esta surge a cargo del empleador y, por tanto, solo genera relevancia cuando opera la compartibilidad pensional**, en virtud del otorgamiento de la prestación de vejez por parte de la entidad de seguridad social en pensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

A su turno y contrario a lo señalado por la demandada en alegaciones, la Alta Corporación en mención, 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 Germán que se aportó en expediente digital, recaudó las cotizaciones efectuadas por este entre 1976 a 1998, 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 sanción que disfruta el actor y para la cual, no se utilizaron las cotizaciones en comento.

Ahora en cuanto a la cuantía de dicha indemnización, aspecto que se estudia en **grado de consulta**, se tiene que conforme liquidación elaborada por el grupo liquidador de esta Corporación, el valor a que asciende tal indemnización indexada al año 2021, como lo indicara la decisión de primer grado, es de **\$3.683.400**, ya que al IBC hallado, se le aplicó un porcentaje de \$7.073% como resultado del promedio ponderado de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993; por lo anterior, habrá de **MODIFICARSE** en grado de consulta a favor de la demandada el numeral PRIMERO de sentencia de primer grado, en el sentido de señalar que la indemnización objeto de condena, asciende a \$3.683.400.

Sin costas en consulta.

En mérito, 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: MODOIFICAR el numeral **PRIMERO** de sentencia de primer grado, en el sentido de señalar que la indemnización objeto de condena, asciende a \$3.683.400, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

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. 26-2018-642-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GUIDO ALFREDO ERAZO

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 D.C., a los Treinta y un (31) días del mes de agosto 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 2 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, el 19 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor GUIDO ERAZO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es beneficiario

del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que cotizó 794 semanas para los riesgos de IVM, por ello tiene derecho a que la pensión de vejez a él reconocida le sea liquidada con el promedio de lo cotizado los últimos 10 años y con una tasa de reemplazo del 63% del IBC; por lo que solicita se condene a la demandada a realizar la reliquidación de la prestación en los términos señalados, junto con intereses moratorios e indexación. (fl. 3 y 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de mayo de 1945 afiliándose por primera vez al ISS en el año 1971 y cotizó al sistema de seguridad social en pensiones 794 semanas, realizando su última cotización en el año 2005, que mediante resolución GNR 253345, la demandada dio cumplimiento a fallo judicial proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito, ordenando el pago de pensión a su favor, que para dicho reconocimiento únicamente se tuvieron en cuenta 628 semanas cotizadas, omitiendo tener en cuenta la totalidad de las mismas, aunado a ello, no tuvo en cuenta la suma salarial reportada por él que es mayor a la tenida en cuenta al efectuar reconocimiento pensional.

Afirma que reclamó ante la demandada reliquidación pensional el 16 de diciembre de 2015, entidad que a través de resolución GNR 40673, negó su petición, decisión contra la cual interpuso los recursos de ley, siendo confirmada mediante acto administrativo GNR 99653, que elevó la misma petición en el año 2018 y le fue nuevamente negada en resolución SUB 192649, quedando así agotada la vía gubernativa. (fls. 4 a 7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 5, 6, 14, 16 a 25, negó los No. 8 y 15 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización y buena fe. (fl.138).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió NEGAR las pretensiones incoadas por el demandante condenándolo en costas. (fl.179).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de conocimiento en síntesis que no se discutía la edad del demandante, su afiliación al ISS en 1971 como el reconocimiento pensional que hiciera a su favor la demandada en resolución GNR 253345 de 2015 en cumplimiento de fallo judicial proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito, por medio del cual declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, ordenando reconocer pensión a este con base en 628 semanas de cotización; que conforme lo indicado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, tales hechos sobre los que no hubo discusión, no exigían prueba determinada, ya que si así se hiciera, se violaría el derecho al debido proceso.

Que dicha Corporación igualmente respecto de la institución de cosa juzgada, el actor había impetrado demandante ante el Juzgado 27 laboral del Circuito, bajo el radicado 2011-650, el que revisado, poseía identidad jurídica de partes, entre ambos procesos adelantados por el actor contra la demandada, en cuanto a la identidad de objeto, en este proceso el actor había solicitado reliquidación de la pensión a él reconocida con base en lo devengado en los últimos 10 años de cotización, teniendo en cuenta para el efecto, la totalidad de las semanas por él cotizadas, pago de diferencias resultantes, intereses moratorios e indexación y de los resultados de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral, se advertía que en dicha decisión, se había ordenado el pago de pensión a favor del actor a partir del 1 de junio de 2005, en cuantía de \$1.970.792,67, junto con incrementos y mesadas adicionales, a su turno, esta Corporación había confirmado dicha decisión.

Afirmó por lo anterior que era clara la existencia de identidad de objeto en los procesos comparados, ya que las decisiones proferidas en primera y segunda instancia dentro del proceso 2011-650, habían abordado la forma de liquidar la prestación objeto de condena, señalando los parámetros con los cuales la demandada debía reconocer dicha prestación, circunstancia que tornaba improcedente un nuevo estudio de liquidación de la prestación

pensional de que disfruta el señor Guido, ya que conforme los pronunciamientos de la CSJ, señalaban de manera clara que no era dable al juez contradecir una decisión anterior, debiendo tener en cuenta las pretensiones que ya fueron objeto de resolución, siendo claro que las sentencias proferidas en el proceso adelantado en el 2011, habían establecido el rasero legal para liquidar la prestación y en cuanto a la decisión proferida por esta Corporación, no se había interpuesto recurso de casación.

Afirmó en cuanto a la identidad de causa que también concurría tal requisito, al haber similitud en las peticiones de una y otra demanda, en la primera se puso de presente que no se habían efectuado unos descuentos con destino al sistema de salud y en este asunto el actor había puesto de presente que las semanas fruto de los pagos por concepto de salud presentó mora de aproximadamente 8 años para cargarlos al sistema, razón por la que al momento de reconocer la mesada pensional por la jurisdicción ordinaria, no habían sido tenidas en cuenta todas y cada una de las semanas cotizadas, por lo que una de las razones que motivan los 2 procesos, radicaba en la falta de apreciación de un interregno temporal al momento de liquidar la prestación; en el primero de ellos, 30 semanas y en este asunto un total de 794 semanas, siendo la misma causa definida en el proceso anterior, no siendo posible referirse sobre los mismos hechos ya debatidos, habiendo lugar a declarar de oficio la excepción de cosa juzgada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que conforme lo dispuesto en la sentencia SU 567 de 2015, en la que se indicó que si la liquidación pensional realizada por la administradora pensional se hacía de manera incorrecta, el titular del derecho está facultado para reclamar tal derecho en cualquier tiempo ya que era imprescriptible, siendo claro que el actor había cotizado un total de 794 semanas y no se había tenido en cuenta la totalidad de lo devengado y si bien había existido un proceso, había una reclamación posterior en la que se ponía de presente que la prestación, no se había liquidado en debida forma, desconociéndose los derechos fundamentales del actor, por cuanto no se revisaba de fondo el asunto.

CONSIDERACIONES

En este caso no existe discusión respecto a que al demandante le fue reconocido derecho pensional por la demandada en cumplimiento de decisión judicial proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito el 19 de marzo de 2013 (fl. 172), mediante acto administrativo resolución GNR 253345 del 20 de agosto de 2015 y que obra a folio 19 del plenario, de dicho acto administrativo, se determina con claridad que para el efecto la demandada tuvo en cuenta **628 semanas de cotización.**

Ahora bien y cuanto a la institución de cosa juzgada se tiene que en sentencia SL 198 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas reiteró los requisitos que deben confluir para la declaratoria de dicha figura y que no tiene lugar cuando se presenta una **actualización de historia laboral del afiliado**, al respecto señaló;

Pues bien, esta Corporación (CSJ SL 39366, 23 oct. 2012, CSJ SL6097-2015 y CSJ SL1686-2017) ha adocinado que, conforme lo establecido en el entonces vigente artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que se configure la existencia de la institución de la cosa juzgada, debe haber identidad de: (i) personas o sujetos, esto es, que se trate de los mismos demandante y demandado; (ii) objeto o cosa pedida, es decir, del beneficio jurídico que se reclama, y (iii) causa para pedir, que se refiere al fundamento fáctico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado.

Así, encuentra la Sala que en el sub lite, si bien hay identidad de partes y de pretensiones, frente al proceso que se adelantó ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, no lo es así en cuanto a la causa de cada asunto. Lo anterior, porque los hechos materiales en que se sustentaron ambos procesos no son los mismos.

En efecto, lo que originó que el actor solicitara de nuevo la prestación deprecada en vía administrativa y promoviera otra reclamación judicial, obedeció a que la entidad demandada actualizó la historia laboral e intervino en el trámite de liquidación de la empresa Astilleros Magdalena.

Así las cosas, el ad quem incurrió en el dislate fáctico que se le endilga, puesto que consideró que conforme lo previsto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil se daban los supuestos para declarar la excepción de cosa juzgada, lo que conduce a la Corte a estimar que, en esencia, no realizó un análisis riguroso de las causas que originaron las acciones judiciales. Además, en la práctica, confundió tal aspecto con la de cosa pedida, en la medida en que solo refirió que lo debatido en ambos procesos era la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990 y en el primero se había indicado que no reunía el número de semanas exigidas. Por ello, no advirtió que los hechos que sirvieron de fundamento al derecho reclamado en dichas oportunidades fueron diferentes.

Conforme lo anterior, le asiste razón al recurrente en cuanto indica que para efectos de declarar la excepción de cosa juzgada, no basta con que haya identidad de partes y de pretensiones, pues es preciso, además, que la causa sea la misma. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se observa en esta oportunidad que contrario a lo señalado por la decisión de primer grado, no existe identidad de causa respecto a lo peticionado por el actor en esta oportunidad y la causa que originó sus peticiones en el proceso No. 2011 – 650, como quiera que del escrito de demanda que radicara en dicha data y visible a folio 161 del plenario, se indicó claramente que el señor Guido, había cotizado **574** semanas y por ende tenía derecho al reconocimiento de pensión de vejez, siendo claro para la Corporación que para el caso del actor, tuvo lugar la actualización de su historia laboral, como quiera que como se anotó, en acto administrativo de reconocimiento pensional, la demandada indica que este cuenta a dicha data con **628 semanas cotizadas**, siendo el último ciclo el de junio de 2005 y de la historia laboral allegada por la parte demandante junto con escrito de demanda visible a folio 55 y que coincide con la aportada por Colpensiones en contestación, se determina que el actor cuenta con **674.57** semanas, lo que sin duda obedeció a una actualización de su historia laboral, ya que no se incluyen ciclos con posterioridad a junio de 2005, por ello tales cotizaciones adicionales no obedecen a que el actor hubiese continuado cotizando luego del reconocimiento pensional que efectuara la demandada a su favor en el año 2015.

Así las cosas y si bien no se acredita que el actor hubiera cotizado la densidad de semanas que predica en escrito de demanda, como tampoco se alega falta de inclusión de semanas adicionales, sí se configura en el presente una actualización de su historia laboral posterior al reconocimiento pensional, lo que determina con claridad que en el presente **no se dan los presupuestos para la declaratoria de cosa juzgada** como se señalara en sentencia de primer grado, por lo que se abre paso el estudio de la reliquidación peticionada, para lo cual, sea lo primero señalar que el actor indica que la demandada no tuvo en cuenta los salarios reales sobre los cuales cotizó; al respecto sólo eleva dicha afirmación de manera genérica sin que exponga cuáles son los errores puntuales en cuanto a los salarios que afirma la demandada no tuvo en cuenta; no obstante ello y revisadas las planillas de liquidación de aportes visibles a folio 97 a 133, se determina que los IBC allí reportados coinciden con los detallados en historia laboral expedida por la demandada el 10 de abril de 2019, allegada en expediente administrativo; razón por la cual frente a este punto, no hay lugar a emitir condena alguna.

Ahora bien y respecto de la reliquidación teniendo en cuenta las 674.57 semanas que se probó en el trámite procesal cotizó el señor Guido, se tiene que es claro que es beneficiario del régimen de transición, como quiera que a 1 de abril de 1994, contaba con 48 años, ya que nació el 21 de mayo de 1945 (fl. 18), y acreditó haber cotizado más de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, como se determina de la historia laboral visible a folio 55, cuya información corresponde a la historia actualizada a 10 de abril de 2019 y allegada por la demandada.

En ese orden, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que para quienes les faltare más de diez años se aplica el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado **dentro de los diez años** anteriores al reconocimiento de la pensión, presupuesto en que se encuentra el actor como quiera que a 1 de abril de 1994, le faltaban **12 años** para arribar a la edad de 60 años.

Así las cosas y liquidada en los anteriores términos la prestación del actor a 1 de julio de 2005, fecha de reconocimiento establecida en decisión proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito (fl. 185), conforme liquidación elaborada por el Grupo dispuesto para el efecto de esta Corporación, para lo cual se tuvo en cuenta la historia laboral actualizada a 10 de abril de 2019 y allegada por la demandada, se tiene que para la data en mención, la mesada pensional del actor, asciende a **\$2.819.325**, suma resultante del promedio de lo cotizado en los últimos 10 años y la aplicación de una tasa de reemplazo del 54%, conforme a las 674.57 semanas que acreditó haber cotizado el actor; suma que resulta superior a la indicada en la decisión judicial en comento, que fijó como primera mesada para el año 2005 la suma de \$1.970.793 por lo que como lo indica el recurrente en recurso y alegaciones, hay lugar a disponer la reliquidación de la prestación concedida al actor en acto administrativo GNR 253345 del 20 de agosto de 2015, razón por la cual, se revocará la decisión de primer grado.

Prescripción

Habiéndose determinado la procedencia de la reliquidación petitionada, observa la sala que la primera solicitud elevada ante la demandada para el reconocimiento de la reliquidación en los términos señalados en escrito de

demanda que motiva esta acción judicial, tuvo lugar el 16 de diciembre de 2015, como se evidencia a folio 23 del plenario y la presentación de esta acción ocurrió el 3 de diciembre de 2018, encontrándose prescritas las diferencias como consecuencia de la reliquidación bajo estudio causadas con anterioridad al 16 de diciembre de 2012, anualidad en la cual, la mesada a reconocer al actor, asciende a \$3.836.483.

Intereses moratorios

Sobre el particular 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, hay lugar a CONDENAR a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las diferencias pensionales causadas a partir del **16 de diciembre de 2012**, atendiendo al fenómeno prescriptivo que se estudió en aparte anterior desde que cada una de las diferencias pensionales adeudadas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago.

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, razón por la cual, no se accederá a la pretensión de indexación.

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

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida para en su lugar **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar al demandante, señor GUIDO ALFREDO ERAZO, reliquidación pensional a

partir del 16 de diciembre de 2012, data para la cual, la mesada pensional ascendía a \$3.836.483.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada en mención a reconocer y pagar intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las diferencias pensionales causadas a partir del 16 de diciembre de 2012, desde que cada una se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de demanda.

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

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES BUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2020-042-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA ESPERANZA VARGAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 agosto 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 demandada Protección S.A. y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de junio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La señora ANA ESPERANZA VARGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado que realizara del entonces ISS a ING hoy Protección S.A., por la indebida y nula información que le suministró dicho fondo para convencerla de trasladarse al RAIS; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a Colpensiones y Protección S.A., realizar todas las gestiones administrativas encaminadas a anular el traslado que tuviera lugar el 1 de julio de 1996, ordenando igualmente a Protección S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su CAI, y a esta última a recibirla como afiliada en el RPM sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 19 de julio de 1959, alcanzando la edad mínima requerida para pensionarse en el año 2016, que se afilió al ISS en febrero de 1984, instituto al que cotizó 803 semanas, que el 1 de octubre de 1999, se trasladó del RPM al RAIS por intermedio de Protección S.A., decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de ese fondo, que ha cotizado al mismo 720 semanas y acumula un total de 1523 al Régimen General de Pensiones, que era obligación de Protección S.A., informarle sobre el año de gracia previsto en la Ley 797 de 2003 para retornar al RPM como también sobre la prohibición de retornar al mismo cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse.

Indica que para el 2018 Protección le informó que su mesada pensional en el RAIS, sería de \$1.389.611 y conforme se verifica en su historia laboral, ha cotizado sobre un IBL de \$4.128.650, por lo que en el RPM, la cuantía de su mesada pensional sería de \$2.683.383, que en el 2017 solicitó ante Protección y Colpensiones la anulación de su traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el contenido en No. 11, negó los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

No. 3, 4 y 7 a 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado vicio del consentimiento, saneamiento por ratificación de nulidad alegada, prescripción, validez de la afiliación al RAIS, no pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al RPM.

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La litisconsorte PORVENIR S.A., no se opuso ni allanó a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos los No. 2, 17, 19 a 21 y 24, y negó los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS en el año de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar los aportes para efectos pensionales. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional la Corte Suprema de Justicia, había reiterado que en virtud de lo previsto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en este tipo de casos se debía analizar si el acto jurídico que generó el traslado era libre voluntario, para lo cual, la administradora que promovió el mismo debía demostrar que le había indicado al afiliado tanto las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ventajas como las desventajas del mismo, esto es, que le garantizó una libertad informada para que la decisión del afiliado, se considerara autónoma y consciente, la que no tenía tal connotación si el afiliado no conocía las incidencias de dicha decisión y su voluntad informada no se suplía con la simple firma del formulario, que igualmente la Corte había reiterado que dicho deber de las administradoras, se había creado con la promulgación de la Ley 100 de 1993, ya que con el tiempo este deber superaba el de la simple información pasando al del buen consejo, que los fondos de las AFP eran patrimonios autónomos y de propiedad de los afiliados, razón por la cual, se les debía aplicar las normas de los encargos fiduciarios tales como los artículos 1232 y 1243 del C co., de igual forma, conforme las disposiciones del Decreto 656 de 1994, todo fondo tenía la obligación de realizar un reglamento que contenga los derechos y obligaciones de los afiliados y debía serle puesto de presente a cada uno de ellos.

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

Descendiendo al caso bajo estudio, había quedado probado que la demandante suscribió formulario de afiliación ante Protección S.A., en el año 1999, sociedad que hacía parte del mismo grupo empresarial en el que laboraba esta, que dicha documental no daba cuenta del cumplimiento del deber de información, sino de la sola suscripción del mismo; y del interrogatorio de parte que había rendido la demandante, no se desprendía cuál fue la información que se le dio en el momento, pues señaló que no se le había brindado la información en los términos anotados, encontrando el despacho que para 1999 a la actora no se había informado de manera clara, suficiente y completa respecto de las características propias de cada uno de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

los regímenes, sus beneficios e inconvenientes ni la forma de acceder a los beneficios contenidos en cada uno de ellos, pues el formulario en mención, no suplía tal obligación y los que suscribiera dentro del RAIS con posterioridad tampoco tenían tal efecto, máxime cuando se demostró que ninguna AFP le había suministrado tal información .

Señaló entonces que había lugar a declarar la ineficacia de dicho traslado ordenando a Protección S.A., a efectuar la remisión de los fondos depositados en la CAI de la actora hacia Colpensiones, junto con rendimientos y sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración.

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

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandada **Protección S.A.**, señaló que no había lugar a disponer la devolución de gastos de administración por cuanto el contrato celebrado entre la actora y esa AFP era de beneficio recíproco y si había lugar a declarar la ineficacia lo justo era que las cosas volvieran a su estado anterior, esto es, que la actora se llevara los dineros de su cuenta junto con incrementos y esa AFP tenía que conservar los gastos de administración o en su defecto que tenga el capital junto con gastos de administración, pero no con rendimientos, ya que era una persona capaz al momento de convenir la firma del formulario y también había pasado por varias administradoras dentro del RAIS, que Protección no había violado la Ley, por ello debía conservar tales gastos.

Señaló respecto de la condena en costas que tampoco había lugar a ella, ya que el fundamento de la decisión era una línea jurisprudencial que había sido pronunciada luego de suscribirse el contrato de afiliación.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora ANA VARGAS, 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 Colmena hoy Protección S.A., el 6 de agosto de 1999, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de 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 en sus alegaciones por Colpensiones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones y Porvenir S.A. en sus alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Ana Vargas, se le hubiera brindado la información en los términos antes señalados, siendo claro en esta oportunidad que no se le pusieron de presente todas las consecuencias del traslado a la demandante, lo que lleva a concluir que Protección S.A., fondo al que se trasladó la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; de lo que se concluye que dicho traslado no fue libre y voluntario.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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, 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, los que entrarán a hacer parte del fondo común que administra razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Encontrándose así igualmente ajustada la decisión de primer grado en cuanto dispuso el traslado de los aportes por parte de Protección S.A. a Colpensiones, sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; los que 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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.*

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.

En cuanto a la condena en costas que reprocha la recurrente, se tiene que esta fue vencida en juicio, por o que resulta plenamente aplicable las previsiones del numeral 1 del artículo 365 del CGP, debiendo ser condenada en costas.

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

Sin costas en la alzada.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000042-01 Dte: ANA ESPERANZA VARGAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en la alzada.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-515-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GLORIA ISABEL JAIME

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 agosto 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 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 6 de julio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora GLORIA ISABEL JAIME por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado de la afiliación que realizara ante la AFP Invertir hoy Porvenir S.A.,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900515-01 Dte: GORJA ISABEL JAIME Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

por haber mediado para el efecto vicio del consentimiento, que por virtud de dicha declaratoria podrá efectuar reconocimiento pensional ante Colpensiones de conformidad con la Ley 100 de 1993. Como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a Porvenir S.A., a trasladar todos los aportes efectuados por ella junto con rendimientos a Colpensiones y a esta última a declarar la nulidad de su traslado al RAIS, activando su afiliación en el RPM, aceptando el traslado de aportes. (fls. 9 y 10).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de agosto de 1963, que se afilió al ISS el 22 de junio de 1988 y se trasladó al RAIS a través de Invertir hoy Porvenir S.A., el 16 de agosto de 1995, que luego en el año 1997, se trasladó a Colpatria, que al sistema general de pensiones ha cotizado un total de 1192 semanas, que al momento de trasladarse al RAIS, le indicaron que en este percibiría una mesada pensional mayor a la del RPM, se podría pensionar a cualquier edad y con el monto que quisiera, pero le explicaron cómo acceder a tal beneficio, que le indicaron que el ISS se iba a acabar y sólo le pusieron de presente ventajas de permanecer en el RAIS, más no inconvenientes, que de igual forma el asesor de Invertir omitió indicarle que el valor de la pensión en dicho régimen estaba sujeto al comportamiento del mercado financiero.

Afirma que tampoco le pusieron de presente que podía ejercer el derecho de retracto, ni proyecciones pensionales en uno u otro régimen, que para el año 2019, solicitó ante las demandadas anulación de traslado, la que le fue negada. (fls. 6 a 9)

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 numeral 1 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho para regresar al RPM,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900515-01 Dte: GORJA ISABEL JAIME Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

prescripción, caducidad, inexistencia causal de nulidad, no procedencia de condena en costas en instituciones de seguridad social y caducidad. (fl. 98).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, negó los No. 5, 7, 8, 9 a 27 y 29 a 32 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación. (fl. 125).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante. (fl. 170)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba probado que la demandante había estado vinculada al ISS desde 1988 hasta el 4 de junio de 1990 en el que acumuló 101 semanas, igualmente que el 15 de agosto de 1995 suscribió formulario de afiliación ante la entonces Invertir, que en 1997 se afilió a Colpatria hoy Porvenir S.A., que el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señalaba que los afiliados podían escoger el régimen pensional de su preferencia y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, determinó que los afiliados que se encontraran en el ISS a 1 de abril de 1994, podrían continuar en este de manera automática, que la Sala Laboral de la CSJ, había indicado que conforme el artículo 13 del Decreto en mención, es única y permanente, sin embargo tal circunstancia se equiparaba a entender que aquellos trabajadores inactivos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que presentaran afiliación anterior, por el hecho de tenerla hubieren seleccionado el RPM, así lo había sostenido en sentencia SL214 de 2020, oportunidad en que indicó que la afiliación y vinculación eran dos figuras distintas, que la primera de estas es independiente y no se perdía por dejar de efectuar cotizaciones, por lo que el afiliado inactivo antes del 1 de abril de 1994, se entendía que con la promulgación de la Ley 100 de 1993, continuaba afiliado al RPM.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900515-01 Dte: GORJA ISABEL JAIME Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Que para el caso de la demandante se evidenciaba que lo que concurría era una selección de régimen, no un traslado, pues conforme al resumen de semanas cotizadas, se observaba que la señor Gloria efectuó cotizaciones al ISS entre el 22 de junio de 1988 al 4 de junio de 1990, data para la cual se suspendieron los aportes, afiliándose en 1995 a Porvenir S.A., por lo que en su caso, no era posible concluir que cuando empezó a regir el sistema general de pensionales la demandante había seleccionado uno de ellos ya que a dicha data, no se encontraba activa en el sistema pensional, de ahí que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, esta optó por el RAIS, conforme se deduce del formulario de afiliación suscrito ante la entonces Invertir, por ello al ser esta su primera afiliación al sistema general de pensiones, no era dable hablar de traslado de régimen, dado que para el año 95 expresó su voluntad de selección de régimen, por lo que al no existir un traslado sino una selección inicial de régimen no había lugar a estudiar la nulidad o ineficacia planteada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** señaló en su recurso que en casos similares al de ella donde las personas venían afiliadas al RPM, el que no fue desconocido por el RPM, por lo que para su caso sí había un traslado de régimen al afiliarse a Invertir hoy Porvenir, ya que si hubiera conocido la verdad respecto del RAIS, nunca se hubiera trasladado y la información brindada por los asesores de Porvenir, no fue clara, suficiente, concisa, no le explicaron las consecuencias de su traslado, trasladándose de régimen sin conocer las verdaderas implicaciones de este, no le indicaron la existencia de los 2 regímenes, que podía optar por el uno u otro, no se le indicó el manejo de sus cotizaciones en el RAIS, el derecho de retracto, la forma de calcular la prestación en ese régimen, contrario a ello, le crearon la falsa expectativa de que el ISS se acabaría y sus aportes se perdería, por ello se trasladó creyendo en la información falsa suministrada.

Que se debía acoger la línea jurisprudencial emanada al respecto por parte de la CSJ que inició con la 31989 de 2008, que habla sobre la posibilidad de anular la afiliación ante la falta de demostración del deber de información que estaba a cargo de la AFP, línea que se mantiene vigente hasta la actualidad y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900515-01 Dte: GORJA ISABEL JAIME Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que señalaba que conforme los efectos de la ineficacia de la afiliación, la AFP del RAIS, debía retornar al RPM los aportes del afiliado junto con rendimientos y gastos de administración.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA ISABEL JAIME, se circunscribe a la declaratoria nulidad del traslado que indica realizó al RAIS, mediante formulario suscrito con la entonces Invertir AFP, posteriormente a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 16 de agosto de 1995, como se verifica de copia de formulario de afiliación suscrito ante Invertir, visible a folio 30 del plenario.

En este orden y si bien se alegó la omisión al deber de información en el acto de **traslado**, escenario en el cual, lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia como bien lo indicó la recurrente 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.

No obstante lo anterior y habiendo quedado probado que conforme se evidencia en historia laboral expedida por la demandada Colpensiones visible a folio 29 del plenario, la señora Gloria Jaime cotizó al entonces ISS por intermedio del empleador Alenpac Ltda., entre el 22 de junio de 1988 al 4 de junio de **1990**, para posteriormente como se señaló afiliarse al RAIS hasta el año **1995**, régimen para el que empezó a cotizar en calidad de independiente como da cuenta la historia laboral allegada por Porvenir y la parte demandante.

En este orden, evidencia la sala que como bien lo concluyó la juzgadora de primer grado, para el caso de la señora Gloria Jaime, no es posible abordar si su afiliación al RAIS en 1995, estuvo precedida o no de la información requerida al efecto para determinar la procedencia de la declaratoria de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900515-01 Dte: GORJA ISABEL JAIME Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

nulidad de traslado que predica, como quiera que es claro que para su caso en particular, **no operó un traslado de régimen** pensional, sino una escogencia inicial de este, ya que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el único régimen pensional existente era el RPM, en el que efectuó la actora cotizaciones hasta el año 1990, para posteriormente y en vigencia de la precitada Ley **escoger** como su administrador pensional a Invertir y posteriormente a Colpatria hoy Porvenir S.A., tal cuestión fue reiterada por la Sala Laboral de la CSJ en reciente sentencia SL 2259 de 2022, M.P. Luis Benedicto Herrera, en la que señaló:

Llegados a este punto del sendero, importa a la Corte precisar que la afiliación y la vinculación son figuras que presentan unas características propias, lo que impide equipararlas entre sí y, de consiguiente, darles el mismo tratamiento. Así lo adocrinó la Sala en sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, al sostener que:

No obstante, estimó el Tribunal que la última afiliación era válida, porque, en su sentir, el traslado de régimen del afiliado del sistema de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, al de ahorro individual, administrado por COLFONDOS, se había efectuado respetando el término de los tres años previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque si, como lo había previsto la Corte Constitución en la sentencia T 235 de 2005, “...la afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia.”, el ingreso del trabajador había operado, para estos efectos, desde su primera vinculación el 8 de abril de 1985 y, para cuando operó su traslado a COLFONDOS, había transcurrido un lapso muy superior.

De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

“Permanencia de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.” (Subrayas fuera de texto)

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900515-01 Dte: GORJA ISABEL JAIME Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar un de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así las cosas y contrario a lo indicado por la recurrente en recurso y alegaciones, se reitera la imposibilidad de efectuar el estudio de la omisión en la información que alega en el acto de traslado de régimen cuando en esta oportunidad no medió dicho traslado, sino una selección inicial de régimen por parte de la actora que en los términos del Decreto 692 de 1994, optó por pertenecer al RAIS y en su caso en particular, no medió injerencia alguna de su empleador para afiliarse a ese régimen como ocurre en la mayoría de las situaciones similares que se exponen por vía judicial, ya que de las historias laborales expedidas por Porvenir, se evidencia con claridad que inició en el año 1995 cotizaciones a dicho régimen de manera **independiente**, lo que denota aún más su voluntad de afiliarse a dicho régimen; razones suficientes para **confirmar** la sentencia apelada.

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 objeto de recurso, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900515-01 Dte: GORJA ISABEL JAIME Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29-2020-123-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA TERESA ESCOVAR

DEMANDADO: EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LAURA PAOLA BARACALDO, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de Primax de Colombia S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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 apoderada de PRIMAX COLOMBIA S.A., revisa la Corporación el fallo proferido el 4 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas alegaciones por parte de la demandada Primax Colombia S.A., y la parte demandante, esta última que solicita se confirme la decisión.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA TERESA ESCOVAR, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se ORDENE a la hoy PRIMAX COLOMBIA S.A., efectuar el pago

de cálculo actuarial a órdenes de Colpensiones entre el 1 de diciembre de 1976 al 19 de mayo de 1991. (fl. 39).

Fundamentó sus pretensiones afirmando que nació el 1 de octubre de 1949, que laboró para Esso Colombiana Limited desde el 1 de diciembre de 1976 al 19 de mayo de 1991, desempeñando el cargo de dibujante, que mediante conciliación efectuada el 22 de mayo de 1991, su contrato fue terminado, que alcanzó los 55 años de edad el 1 de octubre de 2004 y durante la relación laboral, la demandada descontó el aporte destinado al sistema de seguridad social en pensiones, que en la conciliación se pactó el pago de una suma producto de cálculo actuarial por el tiempo laborado en la suma de \$2.842.820, que solicitó a la demandada realizar el pago de dicho cálculo a lo que esta respondió negativamente. (fl. 35).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada Exxonmobil de Colombia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 a 3, 5, 8 y 9 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de obligación pendiente, aplicación del principio de confianza legítima, pago de la provisión pensional de la demandante por parte Primax de Colombia S.A., cosa juzgada, compensación, buena fe y prescripción. (fl. 47)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: ORDENAR a ESSO COLOMBIANA LIMITED HOY PRIMAX COLOMBIA S.A., a reconocer y pagar a Colpensiones el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas al sistema de seguridad social en pensiones entre el 1 de diciembre de 1976 al 19 de mayo de 1991, a favor de la señora MARÍA TERESA ESCOBAR con los siguientes salarios (cuadro acta). (...)

Para el año 1989, corresponderá para todos los meses el salario de \$165.020

El pago deberá realizarlo 30 días después de que sea realizado el cálculo actuarial

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la parte demandada.

TERCERO: Sin condena en costas (fl.60).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez en síntesis que no había ofrecido reparo el vínculo laboral de la actora con la entonces Exxonmobil de Colombia entre el 1 de diciembre de 1976 al 19 de mayo de 1991, circunstancia que fuera aceptada por esa demandada en escrito de contestación; que con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 se había dado un amplio debate jurídico en cuanto a las cotizaciones pensionales de los trabajadores del sector petrolero, que las primeras sentencias que ordenaron el pago de cálculo actuarial de dichos trabajadores señalaron que ellos tenían derecho a que su empleador realizara la reserva pensional a pesar de no estar llamados para la época a cotizar, la que surgió a partir de 1993.

Que respecto al tema de las conciliaciones en las que se pagaban sumas por concepto de cálculo actuarial o se reconocía pensión, la Corte había indicado en sentencia SL 1551 de 2021, oportunidad en que no había cambiado de posición respecto a la ineficacia de pactos que versaban sobre el pago de cotizaciones a los trabajadores, ya que en tal sentencia se ocupó de un caso en el que no se pagó el cálculo al trabajador, sino que se le reconoció derecho pensional con base en este último, avaló la conciliación porque el patrono directamente reconocía la pensión, caso que no era el de la demandante, que dicho pronunciamiento igualmente señala que un acuerdo conciliatorio no es válido cuando afecta derechos ciertos e indiscutibles, no obstante, reiteró que en el caso estudio en dicha sentencia, la conciliación se consideró válida por mediar reconocimiento pensional, lo que no ocurría para el caso de la demandante pues del acta de conciliación suscrita entre esta y la demandada, se había pactado el pago de una suma como reserva para atender el pago de pensión, suma que acepta la actora haber recibido, pero como establece la Ley, está prohibido pagarlo al trabajador, por lo que se debía declarar la ineficacia de la conciliación, para en su lugar ordenar a la demandada pagar cálculo actuarial a órdenes de Colpensiones entre el 1 de diciembre de 1976 al 19 de mayo de 1991, sobre los salarios devengados conforme certificación aportada por la demandada al trámite procesal.

Indicó respecto de la excepción de prescripción que el pago del cálculo actuarial era imprescriptible ya que hacía parte de los aportes que formarían el capital indispensable para el reconocimiento de la pensión y respecto de la excepción de compensación señaló que la sentencia con radicación SL1982 de

2019, estudió dicho tema concluyendo que lo recibido por concepto de pago de aportes, constituía un pago de lo no debido que debía debatirse en otro escenario procesal.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la demandada PRIMAX COLOMBIA S.A.**, señalando que al momento de suscribir el acuerdo de conciliación suscrito con la demandante, esta no contaba con la edad ni tiempo de servicios para hacerse acreedora a reconocimiento pensional por parte de esa sociedad, siendo claro que en dicho acuerdo no podía contemplar el pacto de reconocimiento pensional que se trataba de una mera expectativa, lo que no restaba la intención de las partes de conciliar el derecho a futuro que podría causarse en su favor ya que en los numerales 3 a 5 de la conciliación se dejó claramente pactado la constitución de la reserva pensional, obligación que no se encontraba vigente durante la vigencia de la relación laboral, aspecto que era el principal tocado por la sentencia SL 1551 de 2021, la que sí era aplicable para el caso bajo estudio, ya que igualmente se concilió un derecho en curso de adquisición ya que la actora no contaba por los requisitos para el efecto, a través del denominado pacto de pensión y si no se denominó como tal no podía desconocerse tal carácter de un derecho no adquirido.

Que el pago de aportes a pensión tampoco era un derecho adquirido, pues dicha obligación no estaba vigente para la data en que tuvo lugar la relación laboral, admitiendo la jurisprudencia conciliar un derecho en formación, el hecho de que la demandante hubiera recibido la suma de dinero, no suponía la renuncia de su derecho, contrario a ello, suponía la existencia del mismo; de igual forma, se hizo con fundamento en un cálculo actuarial que hizo parte integrante de la conciliación, que no se había solicitado como prueba y databa del año 1991, había sido aprobado por un tercero calificado como lo era el Ministerio de Trabajo, existencia de aquel que no estaba en duda, pues fe de ello, lo daba el acta de conciliación, que en tal decisión la CSJ había indicado que el pago de tal suma liberaba al empleador de su obligación, que en la demanda en ningún momento se había solicitado la declaratoria de ineficacia del acuerdo de conciliación, validez que no se había ni siquiera discutido.

Señaló por último que no estaba vedado conciliar derechos inciertos y discutibles como era el de la actora ya que esa sociedad no estaba en obligación de efectuar al pago de aportes a su favor como tampoco de reconocimiento pensional por no cumplir los requisitos para el efecto y en cuanto a la compensación de declararse la existencia de la obligación de pago de cálculo actuarial, la suma pagada a favor de la demandante debía ser devuelta por esta de manera indexada, so pena de constituirse un enriquecimiento sin causa.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la prestación del servicio de la actora a favor de la hoy denominada PRIMAX COLOMBIA S.A., por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1976 al 19 de mayo de 1991, lo que se corrobora con la certificación laboral expedida por esa sociedad a folio 57 del plenario.

Tampoco fue objeto de reproche que durante la vigencia de la relación laboral demostrada, la actora no tuvo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por cuanto como en efecto lo señala el recurrente, para los extremos temporales antes señalados, esa demandada no estaba llamada a afiliar a sus trabajadores al ISS; 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 recalcado 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 de la 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 de la señora María Teresa, la demandada no le otorgó derecho pensional alguno en los términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por esta a favor de la demandada para construir la prestación pensional conforme la normatividad ahora vigente.

Ahora bien, se observa que para el caso bajo estudio las partes demandante y demandada suscribieron el 22 de mayo de 1991 acta de conciliación, mediante la cual pactaron la terminación de la relación laboral que los unía, aunado al pago a favor de la actora de la suma de \$2.842.820 como reserva pensional, por cuanto como allí se señaló tenía más de 10 años de servicio a favor de esa sociedad, teniendo derecho a una pensión compartida.

Por lo anterior, la recurrente deprecia que para el caso bajo estudio, resulta plenamente aplicable el criterio jurisprudencial emanado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1551 de 2021, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, según la cual, los aportes pensionales, no pueden ser objeto de conciliación; no obstante no ocurre lo propio cuando media **un pacto único de pensión**, así se refirió la Alta Corporación:

No obstante, para la Corte no es posible acceder a la casación de la sentencia recurrida, pues del análisis detenido del acta de conciliación suscrita entre las partes (folios 24 a 29), se puede ver claramente que el objeto de la misma no fue el pago de aportes al sistema de pensiones, como lo dedujo erróneamente el Tribunal, sino la pensión de jubilación, constituida hasta ese momento en una mera expectativa que, por lo mismo, resultaba válidamente susceptible de conciliación a través del denominado pacto único de pensión.

*En efecto, la Corte debe llamar la atención en que, como se dijo anteriormente, el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales no hubiera extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como se verificó en este caso, **implicaba que las mismas conservaran obligaciones pensionales precisas, que bien se podían traducir en el pago de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, con cargo exclusivo a sus recursos o, en últimas, en la convalidación de los tiempos servidos y no aportados ante la respectiva entidad de seguridad social, por medio de cálculo actuarial, en la forma prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3892-2016 y CSJ SL1342-2019).***

*Es decir que la conservación de la carga pensional y el aprovisionamiento de los recursos no siempre generaban el pago del cálculo actuarial a la entidad administradora de pensiones, **sino que, de cumplirse las condiciones legales necesarias, la empresa bien podía asumir el pago de la pensión legal de jubilación, con cargo exclusivo a sus recursos.***

*Esa y no otra situación es la que puede verificarse en este asunto, pues en la diligencia de conciliación las partes partieron por **reconocer clara y expresamente que el actor tendría derecho a una pensión de jubilación en cuantía igual a \$214.702.00, a cargo de la empresa, que, por tener hasta ese momento la condición de expectativa, solucionarían a través de un «pacto único de pensión de jubilación», soportado en un estudio actuarial.** Nunca se mencionó, en el marco del acuerdo, que la empresa adeudara aportes al sistema de pensiones, traducibles en algún cálculo actuarial, como sucedió en el caso analizado en la sentencia CSJ SL1982-2019, sino que, se repite, la empresa reconoció que al actor le correspondería una pensión de jubilación patronal por sus servicios, que podía ser materia de un pacto único de pensión.*

Asimismo, en la sentencia CSJ SL17740-2015, reiterada en las decisiones CSJ SL17778-2016 y CSJ SL5508-2018, la Corte diferenció las figuras jurídicas de «pago anticipado de mesadas pensionales futuras» y «pacto único de pensión» y reiteró que este último resultaba legítimo, en el curso de una diligencia de conciliación, si la pensión sobre la cual recaía constituía apenas una expectativa, porque el beneficiario no había cumplido la integridad de los requisitos necesarios para adquirirla.

Igualmente, en la sentencia CSJ SL14030-2016, la Corte reiteró que las pensiones de jubilación a cargo del empleador, en tránsito de adquisición y reducidas a expectativas, sí podían ser materia de conciliación entre las partes, por no afectar derechos ciertos e indiscutibles. Dijo la Corte en esta oportunidad que:

[...] si falta cumplir el requisito de la edad para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, solo se tiene una mera expectativa de derecho, esto es, un derecho eventual o en formación, por lo que la falta del cumplimiento de dicho supuesto fáctico para acceder a la susodicha prestación económica, lo hace susceptible de ser conciliado por ser un derecho incierto y discutible.

Igual orientación ha mantenido la Corte respecto de pensiones convencionales en curso de adquisición, de lo que son un ejemplo las sentencias CSJ SL19457-2017 y CSL SL2722-2018, entre otras.

A partir de todo lo anterior, la Corte puede concluir que: i) la conciliación suscrita entre las partes no recayó sobre los aportes destinados al sistema de pensiones, sino **sobre una pensión de jubilación en curso de adquisición**, constituida como simple expectativa; ii) el empleador, en dicha medida, asumió la carga pensional que le correspondía por los servicios prestados por el trabajador, ante la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales sobre las empresas del sector del petróleo; iii) y, **por tratarse de una expectativa pensional, las partes podían conciliarla, mediante un pacto único de pensión, debidamente respaldado en un estudio actuarial.**

Resta decir que, al haber asumido el empleador su carga pensional con el reconocimiento de la pensión de jubilación, así hubiera sido conciliada, ya no era factible el pago de aportes al sistema de pensiones, por medio de cálculo actuarial, como lo pretende la censura, pues ello implicaría adjudicarle inadecuadamente al empleador una doble obligación, por el mismo tiempo de servicio prestado. (Negrilla fuera del texto original).

Conforme criterio jurisprudencial en cita y que se invoca como plenamente aplicable por la recurrente, se tiene que contrario a lo señalado por esta, la situación fáctica dilucidada en el pronunciamiento antes transcrito, no se equipara al caso de la aquí demandante, pues como bien se adujo en la decisión de primer grado, a través de la conciliación que se analiza, no se pactó un **posible reconocimiento pensional ni menos los términos del mismo** a su favor, sino la entrega de una suma dineraria a la misma demandante por concepto de cálculo actuarial y que dicho sea de paso, es bien sabido, conforme la línea jurisprudencial proferida en cuanto al pago de cálculo actuarial y que se reseñó al inicio de este pronunciamiento, que las sumas destinadas al pago de cálculo actuarial, deben destinarse **directamente a la entidad de seguridad social** a la que se encuentra afiliado el trabajador, siendo claro que en esta oportunidad la suma reconocida por tal concepto a la demandante no cumplió con el objeto

pretendido, pues fue aceptado por esta misma que no se destinó al cubrimiento de su riesgo pensional, circunstancia que tampoco puede ir en detrimento del mismo, pues se itera, si el querer de la demandada era salvaguardar los derechos de esta índole de la actora, debió efectuar la reserva de dichas sumas para destinarlas al efecto cuando fuera llamada a cotizar.

Aunado a lo anterior y como se dijo en el presente es claro que no medió un pacto único de pensión como lo indica la recurrente, no siendo de recibo que con el pago de la suma pactada en diligencia de conciliación, la demandada se releve de su obligación de asumir la carga pensional de esta, máxime cuando como se dijo, dicha suma, no se destinó para tal efecto y tampoco se pactó reconocimiento pensional alguno para entender relevada a la pasiva de la obligación en comento que se itera, por Ley le compete, razón por la cual y contrario a lo indicado por esta también en sus alegaciones, la conciliación bajo estudio, no puede tener los efectos de cosa juzgada, ya que los términos del pago del cálculo allí señalado, en efecto desconocen el carácter irrenunciable del derecho pensional.

Por último y en lo atinente a la compensación de lo pagado a la actora por concepto de reserva pensional, se tiene que en esta oportunidad no se reúnen los presupuestos para que opere dicha figura, pues conforme lo señalado en el artículo 1714 del CC, la demandante no ostenta la calidad de deudora respecto a la demandada, pues si bien, se entregó una suma a su favor, la misma fue a título gratuito como se desprende del acuerdo conciliatorio.

Así las cosas y al no salir avante ninguno de los argumentos planteados en el recurso, se **confirmará** la decisión de primer grado.

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 apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

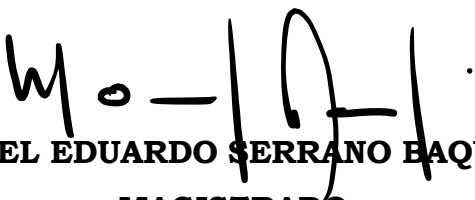
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30 2020 172 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: MERY LOZANO PINILLA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Winderson José Moncada, 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 D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Porvenir S.A., revisa la Corporación la sentencia proferida el 22 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las entidades demandadas y la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora MERY LOZANO PINILLA, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia

de la afiliación que realizara al RAIS, que siempre ha estado válidamente afiliada al RPM, de manera subsidiaria peticiona la declaratoria de nulidad de dicho acto de traslado y como consecuencia de tales pretensiones, solicita se condene a Porvenir S.A., a trasladar los aportes por ella realizados a dicho fondo como cotizaciones, sumas adicionales de aseguradora, gastos de administración con frutos e intereses y rendimientos a Colpensiones, ordenando a esta última validar dichos aportes y actualizar su historia laboral.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 19 de abril de 1959, que se vinculó al RPM a través de su empleador de la época entre el 18 de febrero de 1993, que el 22 de junio de 1999 y con el objetivo de que sus aportes tuvieran rendimientos se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías, posteriormente, es trasladada en junio de 1999 a Porvenir S.A., AFP a la que se encuentra afiliada, que para promover su traslado, los asesores de Horizonte le informaron que se pensionaría a menor edad y con una mesada mayor a la que recibiría en el RPM, que en dicho acto no se le informó sobre qué cuantía debía cotizar para acceder a una pensión mínima ni sobre las restricciones que tendría para trasladarse nuevamente de régimen, que tampoco se le indicó que en dicho fondo debía completar un capital mínimo para pensionarse ni la forma de obtener dicha prestación.

Señala que el 3 de marzo de 2020, presentó reclamación ante las demandadas solicitando dejar sin efectos su afiliación realizada en junio de 1999, solicitando igualmente copia de formularios de afiliación, simulación pensional, historia laboral y soporte de la información a ella brindada en el acto del traslado, frente a lo cual Colpensiones negó su petición en comunicación del 5 de marzo de 2020, negativa que reiteró el 26 de marzo de dicha anualidad y de igual forma Porvenir S.A., no accedió a su petición.

Refiere por último que no expresó su deseo de manera libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, ya que desconocía los efectos que dicha decisión conllevaría debido a que no le indicaron las características, ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes que le permitiera realizar una comparación clara y objetiva de los pros y contras de cada uno de ellos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 y 9 a 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe.

Por su parte, PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones invocadas, aceptó, manifestó no constarle los No. 1 a 3, 10, 11 y 13 y negó los demás; propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM a Porvenir S.A. administradora del RAIS, mediante suscripción del formulario del 22 de junio de 1999.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante al RPM.

TERCERO: Condénese a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir desde el 1 de agosto de 1999 hasta que haga efectivo su traslado, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Ordénese a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la CAI de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme las pruebas allegadas al plenario, se determinaba la densidad de semanas que había cotizado la demandante a Colpensiones hasta junio de 1999, su traslado a Porvenir S.A., que se hizo efectivo a partir del 1 de agosto de 1999 e historia laboral que daba cuenta de una densidad de cotizaciones efectuadas por la demandante en ambos regímenes de más de 1200 semanas, que se habían recaudado interrogatorios de parte de los extremos procesales; indicó que las normas vigentes al momento de traslado de la actora, era la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 y 271 y los Decretos 663 de 1993, 696 de 1994, que regulaba todo lo referente a los traslados de regímenes pensionales como entre los fondos del mismo régimen.

Que como quiera que la pretensión principal se encaminaba a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había señalado que el traslado de régimen debía estar precedido de una debida información completa y comprensible, sobre los efectos, consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen; información que le correspondía acreditar a la AFP y conforme interrogatorio vertido por la demandante, esta hacía un recuento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon su traslado al RAIS, que le manifestaron que se pensionaría a menor edad y con mejores condiciones que en el RPM; que de acuerdo con el material probatorio prueba documental e interrogatorios y declaración de parte se observaba que a la fecha de suscripción de formulario de afiliación por parte de la demandante, la demandada Porvenir S.A., no había logrado demostrar con claridad un aspecto tan importante y determinante como es el tema de la voluntad debidamente informada, en los términos indicados por la línea jurisprudencial aplicable, esto es, que fuera veraz completa, suficiente sobre las reales implicaciones de su traslado y su situación pensional en uno u otro régimen, siendo esta una obligación del fondo administrador de pensiones que promovió el mismo por tener una posición dominante, tiene la posibilidad de probar dicho suministro y si bien era cierto que cuando se hablaba de que documentaron clara y suficientemente la información no implicaba necesariamente que haya quedado constancia en prueba escrita sino que podía probar por cualquier medio que efectivamente se le dio esa información, no obstante no había ninguna prueba al respecto por lo que era pertinente acceder a las pretensiones de demanda y los titulares de periódicos no daban cuenta de tal circunstancia, declarando ineficaz el acto de traslado de la actora al RAIS, con el consecuente traslado de aportes por parte de Porvenir S.A., junto con rendimientos a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, traslado de dichos gastos, recursos que debían ser trasladados de manera indexada.

Señaló por último que no salía avante la excepción de prescripción por cuanto la acción bajo estudio, tenía relación intrínseca con derechos pensionales que tenían naturaleza de imprescriptibles y la misma suerte corrían los gastos de administración, ya que hacían parte de un derecho en construcción.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Porvenir S.A.**, indicó que la información que se le brindó a la demandante en la fecha de su traslado fue completa, no era beneficiaria del régimen de transición, no hizo nada para retornar al RPM, continuando afiliada al RAIS sin manifestar ninguna inconformidad hasta que se enteró cuál sería el monto de su mesada pensional, que no se demostró ningún vicio del consentimiento que haya afectado el querer de la actora de suscribir formulario de afiliación y menos una actuar doloso de esa AFP, que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, regula la figura de la ineficacia y el asesor que había atendido la afiliación de la actora, no atentó contra su derecho de libre escogencia de régimen pensional, contrario a ello, la alertó sobre la crisis financiera por la que atravesaba el ISS.

Indicó que para la fecha del traslado, la información se brindaba de manera verbal, no siendo dable exigirle a esa AFP acreditar el suministro de la misma documentos adicionales y menos restarle valor probatorio al formulario de afiliación que es un documento válido y no fue objeto de tacha en el trámite procesal, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 2003, con la que se pretendió proteger la sostenibilidad financiera del sistema, no siendo dable que se escude en una supuesta falta de información porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones, ya que echa de menos una proyección pensional y este no era un requisito para la validez del traslado en el año 1999, al ser impredecible para la época cuál sería el monto pensional que percibiría la actora.

Respecto a la condena a retornar gastos de administración señaló que era un descuento permitido por la Ley 100 de 1993, que operaba en ambos regímenes y no formaban parte integrante de la pensión, por ello, no pertenecían al afiliado y no financiaban dicha prestación, por lo que eran prescriptibles conforme lo había indicado también la Superintendencia Financiera en algunos conceptos y ello conllevaría a un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo

pretendido por la señora MERY LOZANO PINILLA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 22 de junio de 1999, a través de formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A., documental que fue allegada por esa AFP y por la parte demandante como se verifica en expediente digital.

En este orden, la ineficacia de traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en 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; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia y lo reitera la parte demandante en sus alegaciones, que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico 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 la demandada Porvenir SA., como lo indica en su recurso, afirmar que le había brindado a la demandante la información en los términos antes señalados, cuando de ello sólo obra el formulario en mención, de lo que no se puede concluir que dicho traslado haya sido libre y voluntario como lo señala esta AFP en sus alegaciones, cuando la demandante no tenía conocimiento de las implicaciones del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., este ha sido enfático 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 sí le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Mery, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actora toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

De igual forma, contrario a lo señalado por esa AFP en recurso y alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio alguno en su consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así 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.

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por Porvenir S.A., en su recurso y por Colpensiones en alegaciones, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la recurrente

Porvenir S.A., ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A., emanados por la Superintendencia Financiera, no ostentan el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor

de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 32-2019-715-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JESÚS ALBERTO GARZÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora DIANA BUITRAGO RUGE, 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 agosto 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 23 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JESÚS GARZÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado que efectuara del RPM al RAIS, el 1 de julio del 2000 por intermedio



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de Porvenir S.A., por existir engaño y asalto en su buena al no habersele proporcionado una información completa y comprensible sobre las desventajas de trasladarse a dicho régimen, que Porvenir S.A., incurrió en omisión en su deber e información y por ello debe permanecer afiliado en el RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Colpensiones a aceptar su retorno al régimen que administra, a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital depositado en su CAI junto con rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, frutos e intereses, condenándola también a reconocer en su favor intereses por la demora injustificada en no autorizar su traslado al RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 12 de enero de 1959, contando con más de 60 años de edad, que se afilió al ISS el 20 de marzo de 1979 a través de la Caja Agraria, Instituto al que acumuló 908 semanas de cotización, que el 31 de mayo de 2000 suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., para lo cual medió visita en su lugar de trabajo y recibió en las instalaciones del SENA una charla junto con sus compañeros en la que se les persuadió para trasladarse a esa AFP, que en dicha charla se les indicó que el ISS se acabaría, que ese fondo ofrecía más rentabilidad en sus aportes, por lo que con fundamento en tales afirmaciones suscribió el formulario de afiliación, sin recibir ninguna explicación respecto de los efectos jurídicos de su traslado, ya que no se le indicó de manera clara, completa, suficiente, precisa y comparativa las características de los 2 regímenes ni lo que le resultaba más favorable a su situación pensional.

Que nunca se le informó que la mesada pensional que recibiría en dicho régimen sería menor a la del RPM, que podía retornar a dicho régimen antes del cumplimiento de los 52 años, que en octubre de 2018 petitionó ante Porvenir S.A., el traslado al RPM, a lo que esta le indicó que debía suscribir formulario de afiliación ante Colpensiones, que ante esta última igualmente solicitó la aceptación de su traslado, el que le fue negado por las dos administradoras pensionales, que cuenta con más de 1876 semanas de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

cotización y liquidada su mesada pensional arroja una diferencia pensional en cuanto a la que recibiría en el RPM frente a la del RAIS.

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, 20 y 21, 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 manifestó no constarle los contenidos en numerales 1, 2, 20 y 21 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JESÚS ALBERTO GARZÓN a través de la AFP PORVENIR S.A., de fecha 31 de mayo de 2000.

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 el demandante durante su afiliación al RAIS, junto con rendimientos y lo descontado por gastos de administración.

CUARTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JESÚS ALBERTO GARZÓN como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 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, siéndole 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 el demandante contaba con 62 años de edad, se había afiliado al ISS entre septiembre de 1984 a junio de 2000, para un total de 619 semanas cotizadas al RPM, que obraba formulario suscrito por este el 31 de mayo del año 2000 a la AFP Porvenir S.A., que daba cuenta que para la data en mención se encontraba vinculado laboralmente al SENA en calidad de instructor docente, acreditando conforme historias laborales más de 1800 semanas de cotización, que se resaltaba que no se contaba con documentos adicionales al formulario de afiliación diligenciado en el acto del traslado y el representante legal de Porvenir había manifestado en interrogatorio de parte que no contaba con documentos adicionales al formulario de afiliación suscrito por el actor para dar cuenta de la información que se le dio en el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

acto de traslado, las testimoniales igualmente dieron fe de la asesoría de manera general por parte de los asesores de Porvenir en las instalaciones del SENA, en la que les indicaron que el ISS se iba a acabar y que en el RAIS tendrían más beneficios, sin que se les explicara las características de este último, ventajas y desventajas.

Que de acuerdo con el caudal probatorio allegado, era procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen deprecado ya que conforme lo señalado por este al rendir interrogatorio de parte, se tenía que no se le había suministrado la información completa que le permitiera discernir las consecuencias de su traslado de régimen y las diferencias de cada uno de ellos, ya que del mismo, no era posible derivar una confesión en cuanto al cumplimiento de dicho deber, de igual manera, las testimoniales daban cuenta del suministro de una información parcial y no objetiva al respecto y para la data en que se trasladó el actor, ya contaba con 908 semanas de cotización al RPM, cumplía en gran parte con el requisito de número mínimo de cotización que para dicha data, ascendía a 1000 semanas, situación que no se había validado por parte de Porvenir S.A., a efectos de determinar si para el caso del señor Jesús le era más conveniente trasladarse al RAIS o permanecer en el RPM y si bien para el año 2000, no era obligatorio poner de presente proyecciones pensionales, sí debían estudiarse las condiciones particulares del afiliado para derivar las consecuencias de su traslado y la AFP demandada no cumplía con la carga probatoria impuesta, ya que no demostraba el cumplimiento del deber de información y si bien se había allegado comunicación respecto de un ofrecimiento de acompañamiento al SENA para asesoría en asuntos pensionales, la misma no iba dirigida al señor Jesús en particular, habiendo lugar a condenar a Porvenir a trasladar los aportes del actor a Colpensiones junto con rendimientos y sin efectuar descuento por concepto de gastos de administración, ya que de no trasladarse estos, se estaría generando un detrimento patrimonial a cargo de Colpensiones.

Señaló por último que no salían avantes ninguna de las excepciones propuestas y en cuanto a la de prescripción, la jurisprudencia aplicable



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 no se respetaba el principio de confianza legítima por cuanto el actor había suscrito con esa AFP formulario de afiliación el que no se estaba teniendo en cuenta y ese era el documento que se existía para la época para plasmar la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS, este no había sido desconocido por el señor Jesús ni había sido tachado de falso y para la fecha de su afiliación no obraba exigencia distinta al formulario para dejar documentada la asesoría brindada, era permitida la asesoría verbal de la que da cuenta el formulario de afiliación, que era válido y no se había afectado la libertad de escogencia, no siendo dable que se le restara valor a este.

De igual forma se afectaba con la decisión la sostenibilidad financiera del sistema por cuanto el actor había permanecido afiliado a esa AFP desde el año 2000, por más de 15 años siendo beneficiario de la CAI y sus rendimientos a lo que tampoco se le puede restar importancia con la ineficacia, máxime cuando el actor se encontraba inmerso en la prohibición de traslado prevista por el legislador que no era caprichosa y procuraba por proteger dicha sostenibilidad, que el demandante tampoco agotó las obligaciones que tiene como consumidor financiero teniendo el deber de informarse respecto de su traslado y condiciones pensionales.

Señaló por último que de mantenerse la declaratoria de ineficacia, no procedía la condena por concepto de gastos de administración, ya que se generaron por su labor de administrar los aportes del actor, eran descuentos de tracto sucesivo y en las ineficacias los únicos valores objetos de devolución eran los aportes y rendimientos conforme lo indicado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el concepto de la Superintendencia Financiera del año 2020, ya que esa AFP realizó una debida administración de la CAI del demandante, también se generaban en el RPM y no financiaban la mesada pensional, por ello



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

también eran susceptibles de prescripción. Indicó en cuanto a la condena en costas que la Corte Constitucional había indicado que esta condena no era aplicable de manera temeraria, que también se habían dado órdenes en la decisión de a Colpensiones por lo que dicha condena se debía compartir con esa entidad.

Por su parte **Colpensiones**, recurrió señalando que el despacho había dejado de lado el principio de relatividad jurídica al omitir que esa entidad era un tercero que no intervino en el acto de afiliación entre el actor y la AFP, por ello no debía verse perjudicada con la decisión; de igual forma indicó que debían estudiar sus alegaciones en cuanto a que si bien se probó una falta de información por parte de la AFP al actor, debía ser esta la que asuma las consecuencias de tal omisión, debiendo entonces reconocer pensión al actor en cuantía igual a la que se le reconocía en el RPM y también se debía observar el principio de sostenibilidad financiera, condenándose en caso de confirmación de la decisión a Porvenir a pagar a Colpensiones los perjuicio derivados del regreso del actor al RPM.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor JESÚS GARZÓN, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Porvenir S.A., el 31 de mayo de 2000, como se verifica de copia dicha documental, allegada por esta demandada junto con contestación obrante en expediente digital.

Sobre el particular, se tiene que 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN 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 Colpensiones en sus 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 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 del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto de que al señor Jesús Garzón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que Porvenir S.A., fondo al que se trasladó el demandante en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

dicha oportunidad proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN 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 al señor Jesús, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió.

Es así como contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en su recurso y 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 del 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 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, como lo indican las recurrentes, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que 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, obligación que se itera, no se encuentra demostrada.

De otra parte, contrario a lo manifestado por las demandadas en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguna ya que 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 forma no sale adelante el argumento planteado en alegaciones y recurso 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, **sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo**, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Por lo anterior, tal punto no será objeto de modificación, como quiera que los conceptos emitidos al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resultan vinculantes a esta Corporación, pues tal carácter únicamente lo ostentan las decisiones de la CSJ como órgano de cierre de la jurisdicción.

En cuanto al argumento de las recurrentes, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, ya que dichos aportes y demás conceptos objeto de traslado, pasarán a conformar el fondo común propio del régimen que administra.

En cuanto al argumento de Porvenir respecto a las costas procesales, se tiene que no es la legitimada para manifestar inconformidad en cuanto a la decisión de primer grado en lo tocante a la demandada Colpensiones y como quiera que se revisa la decisión también en grado de consulta a favor de esta última, no hay lugar a variar la absolución respecto de dicho rubro frente a esa demandada.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto; circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio.

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 **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:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190071501 Dte: JESÚS ALBERTO GARZÓN 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

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE JAIME MAURICIO URIBE URIBE VS CAXDAC RAD
36-2020-268-01**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes 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,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada CAXDAC contra el auto proferido por la Juez 136 Laboral del Circuito de Bogotá el día siete (7) de junio de dos mil veinte (2022), en cuya virtud declaró no probada la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario. (Expediente Digital).

HECHOS

El señor JAIME MAURICIO URIBE URIBE, instauró demanda en contra de CAXDAC, para que se Declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, a cargo de la entidad demandada, esto es, La Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC, con los incrementos ordenados por la ley y los convencionales pertinentes, pago de las mesadas pensionales causadas desde octubre de 2010, intereses e indexación que se causen, hasta la fecha del reconocimiento efectivo de la pensión, pago de la suma mensual que se declare probada como mesada pensional, los intereses de ley y la indexación que se causen de la presentación de esta demanda hasta la ejecución del fallo (art. 88 num.3 inc. 2º. C.G.P.), pago de la suma que se declare probada con los incrementos legales y la indexación que se causen posteriormente de la ejecutoria del fallo y durante la vida del pensionado, extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Expediente Digital).

La entidad demandada CAXDAC contestó proponiendo la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, con AEROREPUBLICA S.A Y LA ARL

El A – Quo declaró no probada la excepción propuesta considerando en síntesis lo siguiente: *”.... Se refirió al art 61 del CGP, a autos de la Corte Constitucional que aclaran el tema. El objeto de esta Litis es que se condene a CAXDAC a una prestación de carácter pensional, luego es patente que en la forma en que están redactadas las pretensiones, la única llamada a responder es la demandada CAXDAC, luego si bien se alude en la demandada a los empleadores, ello no implica que deban llamarse, porque de ellos nada se solicita, luego su comparecencia no es indispensable, máxime que no se solicita ni reliquidación ni pago de aportes; luego salta a la vista que no se dan los requisitos del art 61 del CGP, ello en cuanto a AEROREPUBLICA entidad donde labora el demandante. En cuanto a la ARL, se menciona de manera genérica, no se menciona cual es y además así se mencionen problemas lo cierto es que el debate no se refiere a calificar patologías ni el origen de ninguna de ellas...”*

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada CAXDAC interpone recurso así: *“.... Si bien es cierto el análisis realizado por el despacho no es alejado de la realidad, lo cierto es que en una eventual condena de la Caja si debe vincularse al empleado ya que este debe hacerse parte, pues se trata de una pensión de alto riesgo y este debe pagar una cotización adicional por el alto riesgo ello por el equilibrio financiero de la Caja. En cuanto a la ARL, no se individualizó porque no sabe la caja cual es pero es importante porque se dice que la actividad del trabajador es de alto riesgo y es lo que lo ha quebrantado en salud y por eso la pensión de alto riesgo...”*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso, según lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, advirtiendo desde ya que la decisión de la Juez será confirmada. Veamos las razones.

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

En el sub-lite se observa que lo reclamado en esta demanda efectivamente y como explicó la Juez es simplemente UNA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ, por desempeñar el actor una labor que asegura, es de alto riesgo y esta pretensión puede ser resuelta contrario a lo afirmado por la demandada, sin la comparecencia de la empresa en donde labora el demandante, porque contrario a lo afirmado no se debate en este proceso si hay lugar o no cotizaciones adicionales y ello definitivamente será asunto que se resolverá en la sentencia, sin que se tenga que

vincular a esa persona jurídica. **Todas las disquisiciones al respecto, tanto al proponer la excepción como al sustentar el recurso, en nada guardan relación con la figura establecida en el art 61 del CGP**, y se itera más bien son argumentos de defensa en el evento de una condena; **luego no existe relación de las que señala la norma contenida en el art 61 del CGP, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme**. Siendo ello así; para la definición de la pretensión principal del proceso esto se itera PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ, que se afirma esta a cargo de LA CAJA DE AVIDAORES CIVILES CAXDAC, **no es necesaria la intervención del empleador pues sin el, se puede producir una sentencia de fondo.**

Menos aún de la ARL, sin que pueda aceptar la Sala que se desconoce cual es como justificación de esa determinación; pues se equivoca el recurrente cuando asegura que es una enfermedad el sustento de la pensión especial. Basta una lectura de la demanda que el apoyo de la pretensión es el desarrollo de una labor de alto riesgo, y aunque se menciona que ejercerla ha deteriorado su salud, no se solicita como también señaló la Juez con claridad, se califique una enfermedad y su origen, se refiere la especialidad de la pensión a la labor sin que tenga que darse un estado patológico; luego tampoco y menos aún se trata de lo previsto en el art 61 del CGP.

De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a integrar el litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que la naturaleza del asunto permite la definición del mismo mediante sentencia de fondo, sin necesidad de vincular obligatoriamente a estas personas jurídicas.

Insiste la Sala para integrar el litisconsorcio solo debe el juez atenerse a los requisitos de la norma que lo contempla, sin que en este caso se den estos presupuestos y que la integración del litisconsorcio necesario es una figura que tiende a la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, asuman la posición de parte y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio **requiere únicamente de la demostración de que la relación sustancial debatida en juicio puede afectar a la parte llamada a integrarlo,** lo que no sucede, ni si quiera con el argumento de unas posibles omisiones en cotizaciones, lo que se reitera, debe resolverse en la sentencia, reiterando que la demandada funge válidamente como parte pasiva de la relación jurídica procesal, sin que el no llamar a la empresa, que se señala, como necesaria impida una decisión de fondo.

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

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

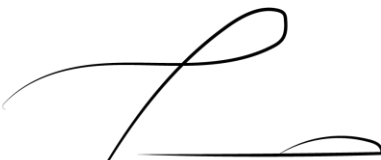
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

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

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

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



MARLENY RUEDA OLARTE

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2020-73-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: BALBINA FORERO DE TORRES

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente providencia.

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la decisión proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el día siete (07) de octubre de dos mil veintiuno (2021), en cuya virtud se declaró probada la excepción de cosa juzgada y se ordenó la terminación del proceso. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de ambas partes.

HECHOS

La señora **BALBINA FORERO DE TORRES**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en su calidad de madre del asegurado fallecido RUBEN DARIO TORRES FORERO (QEPD), pensión que solicita desde el deceso, con sus respectivos reajustes. Solicita en consecuencia el retroactivo causado, intereses moratorios e indexación. (Expediente Digital).

Como fundamentos de las pretensiones se afirma que el Señor RUBEN DARIO TORRES FORERO (q.e.p.d.), fue trabajador dependiente, obligado a ser inscrito y/o afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"; que habiendo cotizado para todos y cada uno de los riesgos cubiertos y amparados por ella; adquirió la calidad y/o condición de asegurado obligatorio y por lo mismo, con derecho a exigir el reconocimiento y pago a su favor de las prestaciones económicas y asistenciales que por Ley corresponde; que al momento de su deceso, ocurrido el día 07 de DICIEMBRE de 1999, contaba con 21 años de edad y prestaba sus servicios como GUARDA DE SEGURIDAD; que por consiguiente y al considerar su Señora madre que le asiste derecho a propender por el reconocimiento y pago a su favor de una Pensión Vitalicia de SOBREVIVIENTES, recurre ante la Demandada en procura de su derecho. (Expediente Digital)

Al contestar la demanda **COLPENSIONES propuso la excepción previa de cosa juzgada, afirmando que** mediante el proceso ordinario laboral radicado 11001310502920120032100, el H. Tribunal Superior de Bogotá, en su sala laboral M.P. Gustavo Hernando López Algarra, absolvió a mi representada de las mismas pretensiones que aquí se incoan en su contra, sentencia que no fue casada por la Corte Suprema de Justicia y hoy por hoy se encuentra en firme, lo que hace evidente que en el caso concreto operó el fenómeno de la cosa juzgada.

El Juez 37 laboral del Circuito, en la decisión que hoy revisa la Sala aceptó la excepción previa propuesta y en consecuencia ordenó la terminación del proceso y el archivo de las diligencias afirmando, en síntesis: *“... Afirmó que en los términos del artículo 303 del CGP, protege la seguridad jurídica, pues impide que un asunto que ya fue puesto en conocimiento de la jurisdicción ordinaria pueda volver a ser sometido a su estudio. Toda sentencia en firme goza de presunción de legalidad e impide que los supuestos facticos puedan ser nuevamente debatidos. Se refirió a los elementos para que se configure esto es proceso anterior identidad de partes y de hechos. Al estudiarlos encontró acreditada la existencia del proceso ante el juzgado 29 laboral de este circuito, con identidad de partes, pues si bien en ese proceso era el ISS, Colpensiones asumió el aseguramiento de afiliados al RPM. En cuanto al segundo requisito esto es identidad de causa o de pretensiones, escuchadas las sentencias de 2012 y 2013, así como analizado el recurso de casación por la Sala Laboral del CSJ, 20 de nov de 2018, encuentra que el problema jurídico era el análisis del derecho al reconocimiento de pensión de sobrevivientes del señor Rubén Darío Torres Forero, dado su fallecimiento en 1999, así como el reconocimiento de mesadas pensionales, intereses moratorios. Encuentra que en primera oportunidad se condenó al reconocimiento y pago de la pensión solicitada, en cuantía de un salario mínimo. Sin embargo, esa decisión fue revocada en segunda instancia y no fue casada. En ese orden se colige que existe identidad de causa fue el mismo problema jurídico analizado. En cuanto a la identidad de objeto encontró que también se satisface puesto que los supuestos fácticos en ambos se derivan del fallecimiento del hijo del demandante alegando la calidad de beneficiaria en su calidad de madre y da su dependencia económica, situación que también se estudió en el juzgado 29. Se alega que no hay igualdad fáctica, pues en este proceso se invoca la situación de vulnerabilidad de la demandante, lo que no se puso de presente en el proceso del juzgado 29. Asegura el Juez que dicha situación no varía los hechos en que se funda el derecho, de ninguna manera se advierte como hecho*

sobreviniente ni que no pudo ser puesto de presente en ese momento pues ellos se circunscriben a los hechos existentes en el momento del fallecimiento del hijo de la reclamante y todo eso ya se definió en ese proceso primigenio. En ese sentido encontró que se encuentran cumplidos todos los requisitos contemplados en el art 303 del CGP, sin que se pueda presentar otro proceso para subsanar aspectos facticos que no se presentaron en esa oportunidad...”

Inconforme con esa decisión la apoderada de la parte actora presenta recurso asegurando que. “*Afirma que no existe cosa juzgada pues en este caso en el proceso que fue fallado en 2108, por la C S J se puede evidenciar que allí no se estudió a fondo el requisito de dependencia económica, se limitó a negar la prueba; luego nunca se estudió el requisito. Afirma que para demostrar la dependencia no se requiere que se encuentre en la indigencia pues la dependencia económica es el sostenimiento del hogar al cual pertenecía el hijo de la señora Balbina, quien era soltero vivía con su madre y por ello se demuestra la dependencia. Agrega que en este procese se presentan nuevos hechos, esto es la vulnerabilidad y que la demandante no es autosuficiente por eso cumple con los requisitos de ley y que su hijo si causó el derecho, dado que la mantenía y por eso existe el derecho ...”*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS.

Bien, la figura de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, **al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial.** En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores. Es por lo anterior que se debe verificar la existencia de los requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, esto es, **la identidad jurídica respecto del objeto causa y partes intervinientes**, entre los dos procesos; requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, so pena de quebrantarse los derechos de los trabajadores.

Efectivamente es en el artículo 303 del CGP es el que consagra cuando una sentencia tiene efectos de cosa juzgada; esto es: i) cuando el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, ii) **cuando se funde en la misma causa que el anterior y** iii) cuando en ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Para la Sala es claro y evidente que en este caso y tal como señaló el Juez, están acreditados todos los elementos señalados en los numerales descritos; específicamente se encuentra el que resalta la Sala, es decir, al rompe se ve una identidad en la causa, que dio lugar a ambos procesos, entendido este, **como el fundamento fáctico que apoya la solicitud.**

Es claro que el proceso definido en el juzgado, en el tribunal que data y finalmente en la CSJ; en donde se solicitó el reconocimiento de la pensión y con base en ello algunas pretensiones derivadas de esta, esto es intereses, mesadas y otras, **tiene la misma causa que este nuevo, esto es el fallecimiento de un asegurado y el derecho de quien decía era beneficiaria de la prestación que el riesgo de muerte generaba, esto es la pensión de sobrevivientes.**

En ese orden es claro que la recurrente confunde la identidad de causa, con omisiones en el análisis de requisitos o con omisiones en hechos que desde allí debieron ponerse en conocimiento de los operadores judiciales, como es lo que denomina vulnerabilidad o falta de autosuficiencia, que en últimas se dirigen al cumplimiento de lo que la ley exige para el reconocimiento de esta prestación que es la dependencia económica de quien la reclama con relación al asegurado fallecido.

Así entonces no es un hecho nuevo como indica la recurrente también en alegaciones, que no se hayan analizado, los que se presentaron en el proceso primigenio “a fondo”, en términos de la misma recurrente cuando se negaron las pruebas para hacerlo y ello surge de ese mismo argumento, pues en todo caso eso sugiere una falencia probatoria que debió ser atacada, en esa oportunidad, pero jamás un hecho nuevo que indique una variación en la causa.

Y es que al revisar el proceso adelantado en el Juzgado 29, en donde se condenó inicialmente al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora **BALBINA FORERO DE TORRES** ante el fallecimiento de su hijo; se encuentra que justamente el Tribunal Superior para revocar esa decisión consideró **que no se demostró la dependencia económica de la actora con el causante, pues los testigos con los que llegó a esa conclusión eran testigos de oídas, toda vez que fue la actora quien les comentó que dependía económicamente de su hijo.** De manera que ni siquiera se trató de negar pruebas como afirma la recurrente sino de la valoración de las que, si se pidieron y practicaron, por parte del Tribunal relativas al fundamento factico que surge idéntico y es el relacionado y tendiente a acreditar la tantas veces mencionada dependencia económica como requisito indispensable para tener el derecho.

Ahora tampoco sobra agregar que justamente y también en ese proceso se sostuvo por la parte actora, la misma en este juicio, el mismo hecho que ahora presenta como nuevo y es que la dependencia económica no es total ni absoluta y que era necesario analizar dadas las circunstancias que la dependía de su hijo que era soltero y que sin su ayuda estaba desamparada, se lee en la sentencia de la CSJ; porque el padre los había abandonado desde mucho tiempo atrás; pruebas que se dijo el Tribunal omitió valorar; cuando lo cierto es que la sentencia no fue casada

justamente porque la Corte encontró que no se acreditaron **desatinos fácticos en la decisión de segundo grado, luego claro resulta que no hay ningún hecho nuevo, como para concluir que no existe identidad de causa, lo que por el contrario resulta evidente como encontró el Juez de primera instancia.**

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ el auto apelado, toda vez que según lo establecido en el art 303 del C G P se dan los requisitos, esto es: i) el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, ii) **se funda en la misma causa que el anterior y** iii) y sin duda hay identidad jurídica de partes.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

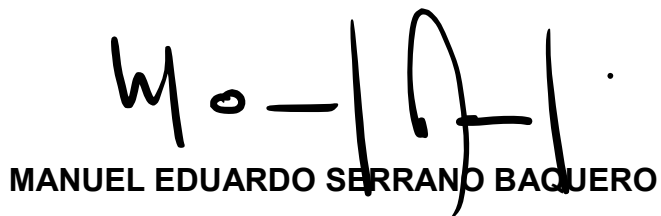
.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALDO DE JESÚS ROMERO
BLANCO Y LUIS CARLOS ROLONG PEÑA VS FERROCARRILES DEL
NORTE DE COLOMBIA SA FENOCO SA RAD 38-2017-557-02.**

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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

Los señores **ALDO DE JESÚS ROMERO BLANCO Y LUIS CARLOS ROLONG PEÑA**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA SA FENOCO SA** a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se le condene a pagar el beneficio denominado transporte interno, como consecuencia del traslado a otra sede, al pago de horas extras y reliquidación incluyendo esos conceptos, extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Expediente Digital).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones se afirma que el señor ROMERO BLANCO ingresó el 21 de marzo de 2007, mediante contrato a término indefinido, como auxiliar de vía piloto de seguridad, que fue contratado para laborar en Santa Marta, pero desarrolló su labor en ciénaga debiendo desplazarse todos los días, que el señor ROLONG PEÑA, fue vinculado mediante contrato a término indefinido el 27 de octubre de 2008, en el cargo de soldador líder para el tramo Santa Marta Chiriguaná, pero debiendo desplazarse a Ciénaga todos los días, que el contrato terminó el 30 de octubre de 2015 al adquirir el status de pensionado. (Expediente Digital).

La demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones toda vez que la sede del demandante Aldo de Jesús Romero como la de los

trabajadores de vía de Fenoco, tienen como lugar de trabajo los 246 Km de la vía férrea estipulados en el contrato de concesión, siendo su único objeto social el de mantener en óptimas condiciones un espacio territorial único delimitado; por lo que no es cierto que en los contratos de trabajo se establezcan lugares de trabajo como lo pretende hacer ver la parte actora. Así las cosas, los trabajadores de FENOCO incluido el Señor Romero, cualquiera que sea su función y cargo, son contratados para que cumplan sus funciones en los 246 km de la vía férrea y no para un área específica. En cuanto al señor LUIS CARLOS ROLOG PEÑA afirmó que este no incurrió en gastos de transporte que menciona para las fechas indicadas, toda vez que no solamente no se presentó un traslado de sede, ya que el contrato de trabajo estableció en la Cláusula Primera que “El servicio antes dicho, lo prestará el trabajador en cualquiera de las dependencias regionales o sucursales que en la actualidad tenga el Empleador o que llegare a establecer en todo el país, con ocasión de la naturaleza del objeto de Fenoco”. Confunde el demandante el lugar inicial referido en el encabezado del contrato, el cual se dispuso únicamente como punto operativo de inicio de las labores. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, pero negó los relativos a derechos ocasionados por traslados. Propuso las excepciones de prescripción, cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, buena fe. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 30 de agosto de 2021 por la cual resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA FENOCO S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por ALDO DE JESUS ROMERO BLANCO y LUIS CARLOS ROLONG PEÑA. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de cada uno de los demandantes...”

Para llegar a esa conclusión afirmó en síntesis el Juez: *“... Pretenden los demandantes que se les reconozca gastos de transporte interno para Aldo de Jesús Romero Blanco del 2007 al 2015 y para Luis Carlos Rolong Peña*

del 2008 a 2015 atendiendo las erogaciones en las que habrían incurrido por los desplazamientos realizados. Entiende el despacho desde la ciudad de Santa Marta hasta el Municipio de ciénaga Magdalena y viceversa en la ejecución de los respectivos contratos de trabajo suscritos con Fenoco S.A, igualmente entiende el despacho que ello emana de la determinación unilateral de que se afirma habría tomado la entidad empleadora en la que varían las condiciones del lugar de trabajo en cuanto al lugar de la prestación de servicios, en detrimento de su patrimonio sustentados en la convención colectiva de que fueron beneficiarios. Ahora bien, con miras al esclarecimiento de los hechos militan en el expediente en relación con Aldo de Jesús Romero Blanco contrato de trabajo a término indefinido del 21 de marzo del 2007 en el que se registra que se vincula a partir del 21 de marzo del año 2007, con un salario de \$ 512.000 para desempeñarse como auxiliar vía piloto de seguridad y se precisa el lugar para el cual ha sido contratado inicialmente dice Santa Marta. Milita comunicación del 23 de febrero de 2017 dirigida a gerente de gestión humana de la demandada por parte del sindicato Sintraimec, en la que expone el caso del señor Aldo Romero destacando que el pago de transporte de Aldo Romero, consiste en que el compañero en mención tienen sede de contacto en Santa Marta debía transportarse diariamente a la estación de ciénaga para iniciar labores de auxiliar de puente en la cuadrilla de puente a cargo de la ingeniera Eliana Fonseca, que hasta el 15 de noviembre de 2015, laboró en la cuadrilla de puentes y mientras cumplió como auxiliar de puente se debe movilizar desde Santa Marta hasta ciénaga y viceversa en los 8 años en que estuvo laborando en la cuadrilla de puente no le reconocieron el pago del transporte interno desde su residencia al terminal de transporte del terminal de transporte a ciénaga y además el transporte interno de ciénaga a la estación de ciénaga y viceversa, las horas extras antes de iniciar la jornada por desplazamiento a ciénaga y las que generaba de retorno de ciénaga Santa Marta, que nunca se la reconocieron, que la respuesta de Recursos Humanos al sindicato sobre el caso de Aldo Romero, manifiesta que desde 2007 hasta el año 2010 la cuadrilla de puente no tenía el transporte, que no puede reconocerse el transporte del tiempo antes mencionado por prescripción del derecho que desde el 2011 hasta el 15 de noviembre de 2015 se confirmó que Aldo Romero utilizó el transporte de la empresa para movilizarse de Santa Marta a ciénaga y viceversa, en comunicación del 18 de noviembre de 2015 se informa al demandante un cambio de área destacándose los siguiente: En atención a las actas de compromiso para mejora de la salud de fecha 9 de septiembre de 2015 nos permitimos notificarle que atendiendo las recomendaciones médicas y compromisos por ser adquiridos a partir del 19 de noviembre del presente año sus nuevas responsabilidades las desempeñará como auxiliar de vía en el área de ingeniería en el grupo de cargue y amarres reportando directamente al arquitecto Johnny Bermúdez, la reasignación de la obra corresponde al cumplimiento de compromisos para la mejora de su salud estamos seguros de que ello se llevará a cabo sin inconvenientes y que sus condiciones salariales y garantías de derechos no sufrirá algún tipo de cambio. Militan comprobantes de nómina de enero del 2008 al 2020 y acumulados a general del 2007 al 2011 en la forma que aparece a folio 53 y siguientes del archivo digital y planillas de pago de aportes a Seguridad Social en relación con Luis Carlos Rolong Peña milita contrato de trabajo a término indefinido del 27 de octubre de 2008 en el que se registra su vinculación a partir del 27 de octubre de 2008 percibiendo un salario de \$1.360.000 como soldador y en el lugar para el cual ha sido contratado inicialmente se señala tramo a Santa Marta chiriguaná, milita certificado laboral del 18 de marzo del 2013 en la

forma que aparece a folio 273 donde se indica que para esa data pues se encuentra vinculado desde el 27 de octubre del 2008 con contrato a término indefinido como soldador líder devengando un salario de \$1.959.235, que en los últimos 6 meses ha devengado un salario promedio de \$2.842.556, esta certificación es de marzo del año 2013, militan igualmente comprobantes de nómina de pagos de vacaciones, liquidación final de prestaciones sociales y convenio de terminación de contrato de trabajo por mutuo acuerdo calendado del 20 de octubre del 2014, militan convenciones colectivas 2013, 2014 y 2015 tabla de transporte de empleados Fenoco folio 263 y siguientes y certificado de existencia de representación de la demandada, declararon en la instancia o bueno se practicaron interrogatorios de parte, tanto la representante legal de la demandada como a los demandantes quienes en términos generales relatan las condiciones de prestación de servicios y particularmente los lugares en donde se habría desarrollado la actividad por parte de los incoantes de la acción, quienes coinciden en señalar que a pesar de que su domicilio o su residencia la tenían en la ciudad de Santa Marta pues los puntos de encuentro que se fijaban para el inicio de las actividades lo eran en el municipio de ciénaga y de allí partían en un transporte suministrado por la empresa a las diferentes fuentes donde debían desarrollar sus respectivas actividades, **por lo que entiende el despacho que lo que se reclama en el informativo de acuerdo con los hechos que se plantean que es básicamente costos de transporte generados desde el lugar de residencia hasta el lugar de punto de encuentro en donde debían empezar las operaciones, pues entiende el despacho que también se alude a un transporte interno sin generar un mayor detalle en punto a el sustento jurídico de esta pretensión limitándose o remitiéndose de alguna manera a una tabla de transportes convencional.** Ahora bien, resulta pertinente entonces remitirse el despacho a la convención colectiva 2013, 2014 entre la empresa demandada y sintraime en la que en sus artículos 16 y 17 regulan el transporte de personal y el auxilio de localización; en cuanto al transporte personal se indica que a partir de la vigencia de la convención se pagará como subsidio de transporte extralegal \$110.000 mensuales a los trabajadores que devenguen un salario básico inferior a \$1.500.000, ese subsidio es de carácter no salarial para todos los efectos que ahí se destaca que a partir del 1 de noviembre de 2014 se incrementará en un porcentaje equivalente al IPC para el año 2013 más 1.4%, en cuanto el auxilio de localización en el artículo 17 señala que cuando por decisión de Fenoco un trabajador deba laborar en una localidad diferente a aquella donde se encuentra laborando actualmente y deba pernoctar en tal sitio el empleador pagará un auxilio extra legal no salarial de localización en la forma allí referida, si debe pernoctar en Santa Marta o chiriguaná, 92 mil diarios, si debe pernoctar en otras poblaciones \$69.000 diarios, destacándose que el traslado debe ser ordenado y aprobado previamente por el empleador y que a partir del 1 de enero de 2014 ese auxilio se incrementará en la forma allí prevista. Teniendo en cuenta lo anterior considera el despacho pertinente señalar que en el sustento jurídico de las pretensiones se alude a un tema o se sustenta con fundamento en disposiciones relacionadas con el reconocimiento de viáticos, **entonces de entrada pareciera ser o pues tratando de interpretar en los términos en que se planteó la acción judicial pareciera ser que dentro en alguna medida se está reclamando los efectos económicos que implicaban para los demandantes su desplazamiento desde Santa Marta a los lugares de encuentro que básicamente era el municipio de ciénaga magdalena en donde a partir de allí empezarían a realizar su jornada laboral en los diferentes puentes a lo largo de la vía férrea que**

administra Fenoco. En relación con este aspecto conviene precisar que si bien es cierto en el caso de los demandantes reseñados se indica específicamente del señor Aldo Romero que el lugar para el que había sido contratado era Santa Marta evidentemente cuando se señala que se trata de auxiliar de vía y seguridad es evidente que no puede esa actividad cumplirse exclusivamente en una ciudad específica como lo sería Santa Marta, por lo que se sobreentiende que ese es el lugar en donde se suscribe el contrato de trabajo, siendo pertinente señalar que por las actividades propias que dan cuenta los testigos y los mismos demandantes, no era dable deducir que esa función de auxiliar de vía fuera exclusivamente en la ciudad de Santa Marta salvo para cuando se le reubica en atención a esa comunicación de la que ha hecho mérito el despacho en donde ya no tendría que desarrollar actividades en línea férrea sino en un punto específico bajo las instrucciones de otra persona, entonces aquí de alguna manera se está confundiendo la regulación de los viáticos con ocasión del traslado que del sitio habitual de trabajo se pueda predicar de los trabajadores cuando de manera ocasional se cambia el lugar de prestación de servicio. Sin embargo la naturaleza de las actividades de los demandantes a servicio de Fenoco es evidente que no se trata de que los demandantes estuvieran sujetos a un lugar específico o de operación estricta pues se hubiera pactado el desarrollo de la actividad laboral y en donde de manera habitual generaran sus actividades y que de manera frecuente tuvieran que generar desplazamientos de su sitio habitual de trabajo a otros lugares para prestar el servicio, porque la actividad demanda el desarrollo de las mismas, en pluralidad de puntos al margen que se hubiera fijado un punto inicial de encuentro, generalmente pues las pruebas que militan en el informativo fueran siempre en ese lugar pero que por lo general lo serían en el municipio de Ciénaga. Entonces dentro de este contexto no encuentra el despacho que debiera darse ese tratamiento de condición de servicios por ejemplo generadoras de viáticos en relación con los demandantes que generarán un pago adicional por concepto de transporte que es lo que podría deducirse de los hechos de la demanda y de la forma en que viene planteadas las pretensiones incoadas, entonces dentro de este contexto podría acudir a aquella obligación general del empleador según la cual con su determinación del lugar donde se debe prestar el servicio hace cambiar al trabajador su residencia o domicilio pues el CST, es claro en señalar que es carga del empleador asumir los gastos de traslado razonables del trabajador y su familia que demande su instalación en el lugar respectivo y de todas maneras garantizar los gastos de retorno al lugar de origen siempre y cuando la terminación no sea por causa del mismo trabajador y son gastos razonables de venida y regreso que trata el CST. Pero no es este el caso porque efectivamente a pesar de que los demandantes señalan que debían desplazarse diariamente ello no implicaba un cambio de su residencia que generara por virtud de las disposiciones legales propias de las obligaciones del empleador asumir los costos de instalación en Ciénaga, si hubiera sido así pues se puede acudir al CST para deducir en que costos habría podido incurrir el trabajador con ocasión de su traslado del domicilio al trabajo, pero dentro de este contexto no es eso lo que se reclama en el informativo, de entrada no podría generarse las condiciones para deducir que esos desplazamientos de lugar de residencia de los demandantes en Santa Marta a Ciénaga no tengan la virtualidad de generar gastos de viáticos, manutención, transporte, gastos de representación y alojamiento máxime cuando los mismos demandantes en sus interrogatorios señalan que las jornadas de

trabajo se cumplían diariamente que no necesariamente implicaban pernoctar en ciénaga y que pues efectivamente la jornada podían desplazarse desde ciénaga a Santa Marta, sin que se pueda especificar el costo que hubieran ellos asumido y menos aún el tiempo de los respectivos desplazamientos como para señalar de que se trataban de desplazamientos de 1 o 2 horas desde Santa Marta hasta ciénaga o de 15 minutos o algún tiempo determinado, el despacho considera que no se pueden generar costos en relación con los demandantes derivados de estos desplazamientos. En las alegaciones se apuntan a las premisas del artículo 18 de la convención colectiva para los años 2015 y 2016 destacándose que en ese artículo se prevé el transporte de personal destacándose que para facilitar el transporte Fenoco reconocerá lo siguiente: A los trabajadores que presten sus servicios, ayudante de maquinista, operador de maquinista en área pesada.... En relación con este aspecto sea lo primero señalar que los demandantes de acuerdo con los contratos de trabajo el señor Aldo Jesús Romero se desempeñaba como auxiliar de vía y piloto de seguridad que no se enmarca dentro de las descripciones de cargos a que se refiere el reseñado. Se trata de las personas que cumplen esos cargos y que se desarrollen actividades sobre el corredor férreo tengan derecho a este tipo de reconocimiento, no se relaciona al auxiliar vía piloto de seguridad que es el cargo del señor Aldo Romero, tampoco se acredita el reconocimiento a un pago dentro de este contexto, lo previsto en el numeral 2 de esa forma señala que en forma adicional y a partir de la vigencia de esa convención a los trabajadores que devenguen un salario inferior a 1.500.000 se le reconocerá un auxilio de transporte extralegal de 125.000 mil pesos destacándose que en relación con el demandante pues cuando tuvo derecho a este auxilio es evidente que se lo habían sufragado en los términos de la convención, en ese escenario considera el despacho que no se acredita que los demandantes con su traslado a los puntos de encuentro tuvieran derecho a un valor adicional porque no los están cambiando de su lugar de residencia; máxime revisado los contratos de trabajo se advierte que en todo caso el empleador se reservó en su clausulado la posibilidad de destinar el respectivo trabajador a los puntos de trabajo en donde se necesitara la prestación de servicios, circunstancia que no resulta reprochable, tanto los demandantes como quienes declaran en la instancia son consistentes en señalar que para efectos del traslado interno desde el punto de encuentro a los sitios de trabajo se garantizaba el transporte de Fenoco en su debida oportunidad, no hay lugar de acceder a las súplicas de la demanda relacionados con pagos de transporte.

Se solicita además, el pago de horas extras; en relación con este tipo de reconocimientos, conviene precisar que de vieja data la Sala de Casación Laboral ha señalado que en el escenario del principio de la carga de la prueba corresponde al trabajador no solo acreditarla por jornada de trabajo cumplida sino que adicionalmente debe ser puntual y especifica la acreditación del juicio del trabajo desempeñado por fuera de la jornada laboral de horas extras, es sabido que no le es dable al operador judicial hacer deducciones subjetivas que no se avienen a la realidad procesal para deducir hipotéticos promedios de horas extras laboradas máxime que tanto los demandantes como los testigos declaran a instancia de la parte actora son puntuales en señalar que en algunas ocasiones se generaban horas extras y cuando se generaban eran sufragadas tampoco por esta vía hay lugar a las súplicas de la demanda, por tanto por esta parte tampoco se

puede acceder a las suplicas de la demanda en cuanto a la solicitud de acreencias laborales ante la no acreditación en el juicio que den lugar al reconocimiento de una diferencia establecida....”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso así: “Quiero manifestar mi inconformidad con el fallo de primera instancia ya que en dicho fallo se hace referencia a que mis demandantes no tienen el derecho a ese reconocimiento del pago de ese transporte personal que ellos realizaban desde su domicilio hasta el punto de encuentro para efectos de iniciar sus actividades laborales, quiero rectificar al despacho y decirle que en el artículo 18 de la convención colectiva de trabajo hace mención a varias prestaciones de servicios y menciona al operador de maquinaria pesada, del maquinista, el ayudante al operario de maquinaria especializada pero al finalizar ese inciso primero de dicho artículo dice y que desarrollen actividades sobre el corredor férreo. Mis representados quedó más que comprobado por todos los testimonios y por los interrogatorios de parte que ellos realizaban las actividades en el corredor férreo que ese corredor férreo constaba de 246 km y que ellos se desplazaban allí, ahora se vuelve a hacer mención al artículo 28 del código sustantivo del trabajo donde se habla que el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador pero nunca asumir riesgos o pérdidas, en este caso mis representados asumieron unas pérdidas porque como lo manifestaron en su interrogatorio ellos a veces tenían que pagar taxi para poder llegar a su punto de encuentro y del punto de encuentro ahí si la compañía brindaba el transporte como le dije en mis alegatos **mis representados tenían derecho a dos auxilios por desplazamiento, por esos beneficios mencionados en el artículo 18 de la convención colectiva como se manifestó por los demandantes el testigo de la demandante y la representante legal, el servicio de transporte es solo en el corredor férreo no hay un servicio de desplazamiento de los domicilios de los demandantes al punto de encuentro.** Según la señora Liliana Fonseca el punto de encuentro siempre era ciénaga, el auxiliar de vía piloto no era exclusivamente en Santa Marta, si ese servicio que se prestaba como como auxiliar de vía piloto es verdad tanto así que determinan unos auxilios en la convención colectiva; o sea es verdad que esas actividades laborales no se desempeñaban en Santa Marta, si eso fue manifestado por todas las partes en razón a que no se prestaban en Santa Marta fue que el sindicato y la demandada hicieron un acuerdo, de ese acuerdo nació una tabla y esa tabla obviamente haciendo parte de una convención colectiva es un acuerdo entre las partes y tiene que tener pleno cumplimiento y en este caso eso no se dio a mis representados nunca les fue pagado ese beneficio, además cómo puede un trabajador incurrir en unos gastos de transporte que son a beneficio del empleador y no a beneficio de él, es su obligación y era obligación de la demandada reconocer ese gasto de transporte y traslado de un lugar a otro es claro que se pagaba un auxilio de transporte que es el legal pero no se reconocía el de la convención colectiva simplemente porque el

empleador Fenoco reconoce que existe un gasto adicional para el trabajador desde su domicilio hasta su punto de encuentro pero del punto de encuentro hacia ese corredor férreo, ahí si incurre el empleador en el gasto de transporte, entonces simplemente lo que se pretende en esta demanda y lo que se pretende en segunda instancia es que se revoque totalmente el fallo de primera instancia ya que no se hace un reconocimiento debido a ese gasto que tiene el trabajador desde su domicilio hasta el famoso punto de encuentro al que tiene que llegar el trabajador, ya que la sentencia de primera instancia manifiesta que prácticamente al firmar el contrato el trabajador asume que no es propiamente en Santa Marta sino que puede variar ese trabajo, si hubiese sido un cambio o una modificación dentro del contrato si debía ser asumido por el empleador, pero en este caso según la sentencia de primera instancia no debe ser asumido por el empleador ya que al firmar el contrato el trabajador asume que es en cualquier parte, solo en Santa Marta sino en los alrededores de Santa Marta, por esos motivos que acabo de exponer me permito solicitar al juez de segunda instancia se revoque totalmente la sentencia de primera instancia ya que no se le reconoce el beneficio a mis representados, beneficio que se encuentra estipulado en la convención colectiva de trabajo y que realmente es una carga para ellos, es una pérdida económica conforme al artículo 28 del CST...”

ALEGACIONES

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

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, advirtiendo desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Dos son los puntos del recurso y se itera a ellos se referirá la Sala: i) obligación de pagar gastos de transporte desde el domicilio hasta el punto de encuentro lo que sustenta en la convención art 18 y ii) pérdida económica del trabajador al asumirlos lo que vulnera el art 28 del CST.

i) De la convención como sustento del derecho reclamado

Lo primero que vale la pena precisar, es que el fundamento legal para las pretensiones, fue por decirlo de alguna manera varias veces modificado, en el transcurso del proceso y desde la demanda, en donde el apoyo es básicamente legal, esto es art 130 sobre viáticos, 127 sobre salarios y otros, que el Juez analizó y que no fueron objeto de reproche, en el recurso: lo que la Sala menciona, solo para llegar al sustento convencional, que se da en el juicio, pues aunque someramente mencionado en la demanda, se itera; no era el sustento normativo, tanto así que dentro de las pruebas de la parte actora no se encontraban los textos de las convenciones, los cuales fueron aportados por la demandada.

Una vez revisada la de 2013 -2014; se encuentra un auxilio de transporte extralegal y un auxilio de localización (cláusulas 16 y 17), los cuales tal y como analizó el Juez no son los aplicable, no es lo reclamado ya que ni se adecuan a los casos, ni son los gastos que básicamente son los del domicilio al punto de encuentro.

Ahora en alegaciones de instancia y en el recurso se hace alusión por el recurrente al artículo 18 de la convención, pretendiendo ubicar a los demandantes en esta norma. ¿Pero de cuál convención?, definitivamente no de esta mencionada pues esa cláusula se refiere a un fondo rotatorio de vivienda; sino de la de 2015-2016, efectivamente la cláusula 18 denominada TRANSPORTE PERSONAL; consagra un beneficio para facilitar el transporte para el desarrollo de labores sobre el corredor férreo, **únicamente para quienes presten servicios como OPERADORES DE MAQUINARIA PESADA, AYUDANTE DE MAQUINISTA OPERADOR DE MAQUINARIA PESADA I, AUXILIAR DE TREN, AYUDANTE EQUIPO DE VIA I, OPERARIO MAQUINA ESPECIALIZADA, OPERADOR MAQUINARIA DE VIA, OPERADOR BATEADORA, OPERADOR PORTICO, OPERADOR MAQUINARIA PESADA I, OPERADOR DE PREALINEADORA, OPERARIO MAQUINARIA PESADA II, AYUDANTE EQUIPO DE VIA I** y que desarrollen actividades sobre el corredor férreo.....

Destaca la Sala la conjunción **Y** pues evidentemente obedece a su significado y este no es otro que adicionar; esto es, que para tener derecho al beneficio se requiere no solo desempeñar esos cargos sino también laborar en corredor férreo; no como equivocadamente sostiene el recurrente, cuando

asegura que se otorga a estos, sino a todos quienes se desempeñen en el corredor férreo. Para que así fuera la norma debería haber utilizado la letra O, esto es conjunción disyuntiva que señala una alternativa, es decir o los que desempeñan esos cargos o quienes sin hacerlo laboren en el corredor férreo, lo que definitivamente entonces, no fue lo plasmado en la convención. De manera que ni aun acudiendo a esa norma, surge el derecho que se reclama aca, esto es el pago de una suma adicional de acuerdo con la tabla de transporte, pues definitivamente los demandantes no cumplen los requisitos para ello, contrario a lo indicado por su apoderado en alegaciones de esta instancia.

De la vulneración del artículo 28 del CST

Afirma el recurrente que es una pérdida económica para el trabajador, los gastos en que debía incurrir para llegar al punto de encuentro, (ciénaga); cuando residía en Santa Marta y que ello se opone al artículo 28 del C S T.

Al respecto conviene señalar que esta norma de utilidades y pérdidas es en su primera parte una forma de remuneración de servicios, que tiene lugar cuando al trabajador se le asigna una parte en las ganancias de la empresa; y en la segunda una prohibición, que determina como el trabajador no puede responder por los riesgos de la empresa ni asumir o participar de las pérdidas que sufra el empleador; **lo que de manera alguna bajo ninguna interpretación posible indica que unos posibles gastos; - posibles porque ni siquiera surgen determinados aquellos en lo que se segura incurrieron los trabajadores, esto es taxis u otros de Santa Marta a Ciénaga-; realizados por el trabajador y que puedan afectar su patrimonio, sea lo mismo que asumir las pérdidas, de la empresa.**

De manera que los argumentos del recurrente, se itera estos dos ya resueltos, no tienen la fuerza para quebrar la sentencia apelada, que acertadamente determinó la inexistencia del derecho reclamado.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por 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, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada.

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 RUSSK

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No.39-2018-429-01

ASUNTO: APELACIÓN AUTO

DEMANDANTE: LADY JOHANA ROJAS ARAGÓN Y OTROS

**DEMANDADO: MEGACOOOP COPERATIVA DE TRABAJO
ASOCIADO MEDICA ESPECIALIZADA Y OTRO**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los magistrados y conforme a los términos acordados en Sala de Decisión se procede a dictar la siguiente;

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de ESE Hospital Universitario Samaritana.

DECISIÓN

Conoce la apelación interpuesta por la apoderada de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA, en contra de la decisión de fecha once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022), proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por medio del cual se declaró no probada la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia, así como falta de reclamación administrativa. (Expediente Digital)

Las señoras LADY JOHANA ROJAS ARAGÓN, EDITH CAMPOS DÍAZ Y CANDELARIA ESTHER MOSQUERA CARREÑO. instauraron demanda, en contra de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDICA ESPECIALIZADA MEGACOOOP y LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA, para que se declare que existió contrato de trabajo, entre ellas y la cooperativa, en las fechas indicadas en la demanda. En consecuencia, solicitan el pago de prestaciones, vacaciones, aportes, indemnización moratoria, solidaridad del art 34 con la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA, extra y ultra petita, costas. (Expediente Digital).

La demandada **ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA** contestó la demanda y propuso la excepción previa, que hoy decide la Sala, argumentando que es una entidad territorial pública que tiene como objetivo la prestación del servicio de salud y que las demandantes no eran trabajadores oficiales.

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, mediante la decisión que hoy revisa la Sala decidió declararla no probada.

Manifestó el Juez en síntesis que: *“...afirma que la calidad en la que actuaron las demandantes es la que define la jurisdicción y que teniendo en cuenta que como son auxiliares de enfermería a primera vista serían empleadas públicas, dado que no son de sostenimiento de planta hospitalaria ni de servicios generales, pero que pese a lo anterior y como la pretensión es encaminada a un contrato con la cooperativa, esta no es una entidad pública, la excepción no puede prosperar ya que además del hospital solo se predica responsabilidad solidaria. Cita un auto de la Corte Constitucional al respecto.*

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandada ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA interpone recurso de apelación así: *“...afirma que según el numeral 3 del art 52 del CGP interpone recurso porque la jurisdicción de acuerdo con el art 29 de la CP implica ser juzgado por el competente y al desconocer este principio no es posible adelantar este proceso. Para que la jurisdicción avoque conocimiento debe estar acreditada la calidad de trabajador oficial, y las demandantes por sus funciones no lo son. Cita decisiones del Consejo de Estado al respecto, sobre factores para determinar la competencia y afirma que así se preste al servicio a través de una cooperativa deben ser asimiladas a empleados públicas dadas las funciones Además dice el pago de acreencias es un acto administrativo que se debe demandar ante la jurisdicción administrativa. Cita decisiones del tribunal al respecto.*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la sala resolverá el recurso en el que se insiste en el argumento de la excepción, esto es que al ser las demandantes auxiliares de enfermería no son trabajadoras oficiales y así se demande a la cooperativa deben asimilarse a empleadas públicas; advirtiéndole desde ya que la decisión de primera instancia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Las excepciones previas consagradas de forma taxativa en el artículo 100 del CGP, **son aquellas que cuestionan o atacan el procedimiento, no la cuestión de fondo del litigio; no el derecho controvertido; su finalidad no es otra que controvertir el procedimiento no el derecho, no la pretensión en sí.**

Por el contrario, las excepciones de fondo o de mérito ya no taxativas, se dirigen a aniquilar la pretensión, pueden ser muchas por supuesto, pues muchas son las razones del demandado para oponerse a las pretensiones, como por ejemplo y como en este caso, en el que se asegura y desde ya la calidad de las trabajadoras demandantes, estableciéndola en empleadas públicas

Entonces claro resulta que cuando se asegura la existencia de un contrato de trabajo, por esta sola afirmación, es el Juez laboral el encargado de definir ese conflicto pues así lo dispone al art 2 de CP del T y de la S S; correspondiéndole a quien lo niega demostrar en juicio que no lo fue, toda vez que, sin adelantarle, resulta lógicamente imposible hablar de hechos probados; como pretende la recurrente, o de asimilaciones que en este momento procesal no es del caso realizar ya que solo será el Juez, quien defina si existió o no un contrato de trabajo, que bien vale recordar se rige por el principio de la primacía de la realidad sobre las formas; así que si bien como señaló la Juez prima facie pueda observarse esa calidad, eso constituye el fondo de la controversia, luego jamás podría resolverse como excepción previa lo que justamente se itera, constituye el fondo del asunto; **pero menos aun cuando la existencia del contrato realidad se solicita, de una entidad de naturaleza pública, como en este caso, en el que se asegura en la demanda, no existió contrato de asociación con la cooperativa; sino de trabajo. Es esta pretensión dirigida a la cooperativa, no al hospital del que se solicita responsabilidad solidaria, la cual será definido en sentencia; es decir no solo la existencia del contrato realidad, sino la responsabilidad solidaria de la entidad en donde se prestaron los servicios.**

Y es que contrario a lo indicado por la ESE en mención en sus alegaciones, en verdad solo la jurisdicción laboral es la encargada de definir si la labor de las demandantes se adecuó a las normas de las cooperativas de trabajo asociado o si lo que se desarrolló con ellas fue un verdadero contrato y eso es lo solicitado en la demanda, para luego definir si el usuario de ese servicio; privado o público debe responder solidariamente, luego le asiste razón a la Juez, por lo que se confirma su decisión sin más razones por innecesarias.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

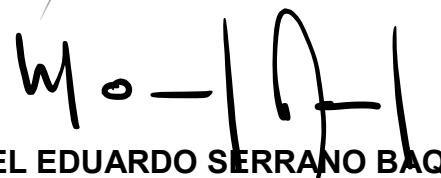
PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin COSTAS, en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 13-2019-00367-02
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: RUBÉN ARBEY HOYOS PATIÑO
DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor RUBÉN ARBEY HOYOS PATIÑO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada al pago de las sumas correspondientes por concepto de prima extralegal de servicios y prima extralegal de vacaciones; que se reajuste el valor de las cesantías y los intereses a las cesantías teniendo en cuenta la prima extralegal de vacaciones como factor salarial; que se condene al pago de la



indemnización moratoria, la sanción por no consignación de las cesantías, la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales. (fls. 2 a 3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que en la demandada existe una organización sindical denominada Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (SINTRAFEC); que entre la organización sindical y la Federación Nacional de Cafeteros se han firmado diversas convenciones colectivas; que en el contrato colectivo de 1965 las partes contratantes acordaron en su artículo 40 que la convención colectiva sería aplicable a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros; que esta cláusula se repite en el art. 31 de la Convención Colectiva de 1974, en los artículos 32 y 33 de la Convención Colectiva de 1976 y 1978, en el art. 28 de la Convención Colectiva de 1980; en el art. 17 de la convención colectiva de 1984; en el art. 2° del Laudo arbitral de 1986, en el art. 11 de la convención colectiva de 1988, art. 17 de la convención colectiva de 1990, en el art. 8° de la convención colectiva de 1992, en el artículo 7° de la convención colectiva de 1995, en el art. 13 de la convención colectiva de 1996 y 1997, en el art. 11 de la convención colectiva de 1998 y 1999; que el actor no se encontraba afiliado a la organización sindical; que inició a laborar en la Federación el 11 de mayo de 2015 mediante contrato de trabajo a término fijo; que la Federación le dio por terminado su contrato de trabajo a término fijo el 10 de mayo de 2019; que el cargo desempeñado por el actor fue el de extensionista; que devengó como salario en el año 2016 la suma de \$1'356.000, en el año 2017 la suma de \$1'426.133, en el año 2018 la suma de \$1'515.701 y en el año 2019 la suma de \$1'602.403; que en la convención colectiva de 1974 se pactó una prima extralegal de servicios y en la convención colectiva de 1984 y en el artículo 10 del Laudo Arbitral de 1986 se estableció una prima de vacaciones; que la demandada nunca le pagó al actor la prima extralegal de servicios y de vacaciones; que el art. 9 de la convención colectiva de 1996 se estableció que la prima extralegal de vacaciones constituía salario; que para efectos de liquidar las cesantías del actor no se tuvo en cuenta la prima extralegal de



vacaciones; que el sindicato SINTRAFEC nunca ha sido mayoritario. (fls. 3 a 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** se opuso a la totalidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 11, manifestó no constarle el 2 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación, enriquecimiento sin causa del demandante y la genérica. (fls. 352 a 364).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a pagar al demandante RUBÉN ARBEY HOYOS PATIÑO las siguientes sumas:

Total prima extralegal de servicios 2016 a 2019: \$19'397.258.

Total prima de vacaciones 2017 a 2019 \$4'277.171.

Total Diferencias cesantías 2017 A 2019 \$2'905.461.

Total Diferencia Intereses Cesantías 2017 A 2019 \$395.517.

Lo anterior debe ser indexado al momento de su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción parcial propuesta por la demandada de los derechos nacidos con anterioridad al 22 de mayo del 2016, con excepción de las cesantías y no demostradas las demás excepciones.

TERCERO: ABSOLVER de las demás pretensiones por lo antes expuesto.



CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada en favor de la parte actora, incluyéndose como agencias en derecho en ésta instancia el equivalente a un SMLMV” (fls. 465 a 466)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis en lo que interesa al recurso que no se controvierte la existencia de un vínculo laboral entre las partes entre el 11 de mayo del 2015 al 10 de mayo del 2019, tiempo en el cual ostentó el cargo de extensionista. En cuanto a la aplicación de la convención colectiva de trabajo señaló que no se controvierte que el sindicato SINTRAFEC es minoritario; que el demandante aceptó que nunca estuvo afiliado al sindicato, por lo que inicialmente se podría decir que el actor no es beneficiario de la convención colectiva de trabajo, sin embargo, al revisar la cláusula 33 de la convención colectiva de trabajo de 1974 se observa que en ella se indica que la convención colectiva se aplicará a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y ALMACAFE, incluyendo a los trabajadores no sindicalizados, lo cual se repite en las convenciones colectivas de 1976, 1978, 1980, 1982, 1984, 1992, 1995 y 1998 y en el laudo arbitral. Que a la última convención se le debe aplicar la prórroga del artículo 478 del CST. Que no se tiene en cuenta la convención colectiva del 2021 porque no se decretó y porque el contrato del actor finalizó en el año 2019. Que lo plasmado en la convención colectiva de trabajo no puede desconocerse por una sola de las partes como lo pretende la Federación Nacional de Cafeteros. Que en el interrogatorio de parte el actor señaló que nunca realizó el aporte sindical. Que en ninguna convención se condicionó la aplicación al pago de cuotas sindicales lo cual además era obligación del empleador y no del trabajador. Que la CSJ ha establecido que la finalidad de la convención colectiva es regular lo que las partes convengan. Que no se observa que la cláusula convencional haya sido denunciada antes de la terminación del contrato. Señala que por lo anterior se puede establecer que el actor si es beneficiario de la convención colectiva de trabajo. Que no se probó el pago de la prima extralegal de servicios y la prima extralegal de vacaciones, por lo que se condena a su pago. Que si bien en el contrato se pactan las condiciones que van a regir, en virtud del principio de favorabilidad se debe aplicar la convención colectiva en donde se pactó que la prima extralegal de vacaciones



constituye factor salarial y por tanto, hay lugar a reliquidar las cesantías y los interés a las cesantías. Que las anteriores sumas deben pagarse de manera indexada. Que en cuanto al pago de la indemnización moratoria se debe revisar la conducta del empleador para determinar si estuvo o no revestida de buena fe. Que no se evidencia la mala fe del empleador pues pagó lo que creía correcto. Declara probada parcialmente la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** recurrió señalando que, solicita se condene al pago de la indemnización moratoria, pues en la sentencia del 28 de abril del 2021 la CSJ en un caso contra la Federación Nacional de Cafeteros, similar al que aquí nos ocupa, en el cual la Federación argumentaba que se le debía exonerar de la indemnización moratoria pues tenía la convicción de que las prerrogativas extralegales no le eran aplicables al actor por cuanto nunca estuvo afiliado a la organización sindical y que el sindicato era minoritario, señaló que éstas no son razones atendibles, pues como se dijo tal instrumento extralegal consagraba de manera expresa que la convención colectiva le era aplicable a todos los trabajadores de la empresa.

La **parte demandada** interpone recurso de apelación argumentando que se permite ratificar en todos y cada uno de los argumentos facticos y jurídicos expuestos en la contestación de la demanda de la demanda y en los alegatos de conclusión que han sido referidos de manera detallada en el presente proceso, los cuales se soportan en los medios de prueba que conforman el expediente y que permiten inferir con total claridad que no existe merito de ninguna naturaleza para expedir la providencia en favor del demandante y declararlo beneficiario de las convenciones colectivas.

Señala que es de mencionar que no se tuvo presente la postura del TSB expuesta en los alegatos de conclusión, en la que se indicó que los trabajadores que no fueron afiliados a la organización sindical no son beneficiarios de las convenciones colectivas de trabajo. Que es claro que el



sindicato es minoritario desde 1988 y, segundo que las convenciones colectivas de trabajo 1988-1990 en adelante las cláusulas sobre incrementos salariales reconocen la dualidad de regímenes prestacionales al no pactar cláusula alguna de extensión de la convención; situaciones exteriorizadas en las circulares de 1988 allegadas con la contestación y la obligatoriedad de que los trabajadores no sindicalizados manifestaran expresamente su intención de beneficiarse de las convenciones colectivas.

Tampoco se valoró la actitud del demandante de querer reclamar unos beneficios que no le corresponden, después de haber terminado la relación laboral con la Federación y sin haber realizado aportes a la organización sindical mientras fue trabajador de la empresa. Que en el artículo 23 de la Convención Colectiva se plasmó que en ningún caso la convención colectiva tenía aplicación retroactiva para los trabajadores que no estuvieran afiliados a la organización sindical.

Indica que no se valoró el documento del contrato de trabajo suscrito entre las partes, el cual no fue tachado, ni desconocido y con el cual se desvirtúa la reliquidación de cesantías e intereses, pues el contrato es ley para las partes en su cláusula segunda pactaron que cualquier otra remuneración no constituye salario y que la empresa obró de buena fe.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece por parte de la demandante, por la no condena a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; y por parte de la demandada, primero, sobre la extensión de la convención colectiva y sus beneficios a la demandante, especificando la falta de retenciones por cuotas sindicales en este caso; y segundo, para que en caso que se confirme la sentencia, esta sea modificada en el sentido de no tener como factor salarial lo relativo a las primas extralegales de servicio y primas de vacaciones.



Sea lo primero advertir que, por razones de estricto orden metodológico previamente se abordará el estudio del recurso formulado por la parte demandada.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado sobre el particular y ha mantenido vigente su postura frente a la extensión de los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, sin que para ello, como lo refiere el recurrente, sea necesario previamente la afiliación a la organización sindical, situación que trae consigo la falta del requisito alegado por el apelante sobre la acreditación de la retenciones en favor del sindicato, tal como se precisó en la sentencia del 22 de julio de 2009, radicación 35134, M.P. Camilo Tarquino Gallego, oportunidad en la que se analizó la vigencia del artículo 14 del instrumento del año 1988, entre otros mencionados en el recurso, como pasa a citarse:

“(…)

El núcleo de la controversia, esencialmente, lo ubica el impugnante en establecer si la cláusula 27 de la convención colectiva de trabajo, vigente entre 1982 y 1984, suscrita entre la demandada y su sindicato de trabajadores, que consagra la extensión de los beneficios allí estipulados a “todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A.” (fl. 110), desapareció, debido a que en el texto de la de 1988 “solo quedó la parte final sobre la retención de cuotas de beneficio en la cláusula 14 (f.55), en la cual se remitió puntualmente a la ley”, puesto que, como efecto de lo anterior, al tratarse de un sindicato minoritario, era necesario que quien no perteneciera a esta organización, como es el caso de JAIRO ENRIQUE ALMANZA, se adhiriera y pagara las cuotas para acceder a los beneficios convencionales.

Antes de examinar las pruebas relacionadas con el tema a dilucidar, conviene recordar que el campo de aplicación de la convención colectiva de trabajo, se encuentra regulado por los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo, no escapa a la



regla de la autonomía que tienen las partes para obligarse mediante la suscripción de un contrato, y de la connotación de ley que para las partes adquiere el convenio una vez formalizado; mucho más si, como en el ámbito del derecho laboral, lo pactado resulta favorable a los trabajadores respecto de lo que hay consignado en la legislación del trabajo, pues, ello consulta el espíritu del artículo 13 de la misma obra, y el 53 de la Constitución Política, de suerte que, es perfectamente lícito pactar que los beneficios convencionales se hagan extensivos a todos los trabajadores de la empresa. Ante esta estipulación en el clausulado de la convención, no es necesario indagar si quien pide que se le conceda determinado beneficio, es o no afiliado al sindicato, o si éste es mayoritario ó minoritario, pues, se repite, la única condición para ser sujeto de la aplicación de lo convenido, es pertenecer a la empresa.

Pues bien, el problema jurídico cuya solución aborda ahora la Corte, ha sido objeto de no pocos pronunciamientos, y se ha analizado desde varias de las perspectivas jurídicamente posibles, cuando de aplicar las convenciones que han suscrito Sintrafec y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se trata. Es así, como en punto a la vigencia de la cláusula 27 de la que fue suscrita el 15 de julio de 1982, frente al artículo 14 del convenio colectivo celebrado el 29 de abril de 1988, en sentencia de 12 de mayo de 2005, que es el ejercicio que propone el recurrente, dijo la Corte:

“La impugnación le echa en cara al juez de la alzada haber cometido el error de hecho de dar por establecido, sin estarlo, que el literal e) del artículo 3 y el 27 de la convención colectiva de trabajo celebrada para el período 1982-1984 estaban vigentes para todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, sean o no sindicalizados. Y, al aplicarse a la tarea de la demostración de esa desviación en el entendimiento de la situación fáctica, planteó, esencialmente, que el mandato convencional que hacía aplicable sus disposiciones a todos los trabajadores de la demandada dejó de regir, en razón de que el sindicato, a partir de 1988, pasó a ser minoritario, por manera que la convención colectiva de trabajo sólo cobijaba a los sindicalizados o los que se adhirieran al acuerdo colectivo.



Por consiguiente, el juez de la alzada no incurrió en un desacierto fáctico al resolver la controversia con fundamento en el artículo 27 de la Convención Colectiva de Trabajo 1982 -1984 que prescribía que las disposiciones de ésta eran aplicables a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, dado que no aparece demostrado que el texto aludido hubiese sido derogado por norma convencional posterior.

Conviene señalar que la aplicación de una convención colectiva de trabajo, en la hipótesis en que la misma disponga su extensión a todos los trabajadores de la empresa que la firmó, no puede quedar supeditada a la afiliación del beneficiario al sindicato o a los aportes que éste deba sufragar por el hecho de resultar favorecido con las cláusulas de aquélla. Criterio que es el de la Sala, registrado en sentencia de 28 de noviembre de 1994, en la que se proclamó:

"De otra parte, si bien es cierto que la aplicabilidad de una convención colectiva no se presume, también lo es que la prueba en estos casos no es solemne y si alguna de sus cláusulas ordena que se aplique a todos los trabajadores, tal estipulación es válida, con las precisiones hechas anteriormente, y acredita su extensión a ellos, sin que sea procedente exigir la demostración de la afiliación al sindicato, o de los descuentos sindicales o de las demás circunstancias que echó de menos la doctrina del Tribunal que se rectifica. En tales eventos quien alegue la inaplicación del convenio a un trabajador, deberá probar que con arreglo al mismo o a la ley, éste está excluido.

"En suma, no es dable confundir, como lo hizo la decisión mayoritaria del Tribunal, los casos en que la aplicabilidad de la convención es procedente por mandato legal ineludible, con la que se impone por haberlo dispuesto el propio convenio y siempre que con ello no contravenga ordenamientos legales que expresamente lo prohíban" (Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Rad. 6962).



Es, precisamente, la distinción que se anotó en la doctrina expresada la que lleva a sostener que el Tribunal con su actuación no incurrió en un desacierto al no apreciar los documentos que acreditan el carácter minoritario del sindicato de trabajadores, de suerte que no violó marco normativo alguno, como lo pretende la censura. Los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965 constituyen el mínimo que es dable superar en virtud del contrato de trabajo, de la convención colectiva de trabajo, del pacto colectivo de trabajo o, incluso, unilateralmente por el empleador, que fue lo acaecido, en efecto, en el caso de autos.

Y tal doctrina también permite entender que la disposición convencional que extendió sus beneficios a todos los trabajadores de la enjuiciada no perdió su vigor por el simple hecho de que en una convención colectiva de trabajo celebrada tiempo después prescriba que los descuentos al sindicato se harán de acuerdo con la ley”.(Rad. 24197).

Lo considerado por la Corte con ocasión de la contención definida en el fallo parcialmente transcrito, reiterado el 2 de noviembre de 2006 (27459), y 9 de noviembre de 2007 (31556), entre otros, coincide plenamente con los supuestos fácticos sobre los cuales el Tribunal edificó su decisión, y como nada distinto se observa en la argumentación desplegada en la sustentación del recurso extraordinario, la decisión que habrá de adoptarse no puede ser diferente.

Es así porque los dos primeros errores de hecho y el 4º, que son los que verdaderamente importaría verificar, involucran el estudio de las mismas probanzas que en aquella pretérita ocasión la Corporación analizó, como son los artículos 27 (fl. 110) de la convención colectiva correspondiente al bienio 1982- 1984, y 14 (fl. 55) de la vigente entre 1988 y 1990. En ese orden, a nada conduce establecer si la organización sindical denominada Sintrafec es minoritaria, o si el trabajador estaba afiliado al sindicato, pues, en cualquier escenario, era beneficiario de lo estipulado en la cláusula 3ª del primero de los mencionados convenios colectivos, que consagra el derecho al



reintegro del trabajador injustamente despedido, con más de 8 años de servicio.”

Postura que mantiene actualmente la H. Corte Suprema de Justicia como se puede leer en la sentencia SL 444del 23 de febrero de 2022 con ponencia del H.M. Jorge Prada Sánchez.

Aunado a lo anterior, la cláusula 31 de la Convención Colectiva de Trabajo es clara en indicar que: *“La presente convención colectiva de trabajo será aplicada a todos los trabajadores de las EMPRESAS, en las condiciones y términos aquí indicados. A los trabajadores no sindicalizados que se benefician total o parcialmente de la contratación colectiva se les harán con destino a SINTRAFEC las retenciones que autoriza la ley y esta convención”,* (fl.138), es decir, que es el mismo instrumento convencional el que establece su extensión, y contrario a lo manifestado por el apoderado de la demandada, nada impide a que al demandante le sean extendidos los beneficios convencionales, y en tal orden de ideas la sentencia de primera instancia se confirmara en ese aspecto.

Continuando en el recurso de apelación elevado por la parte demandada, que en su parte final alega la no incidencia o naturaleza salarial de las primas extralegales de servicios y primas de vacaciones, al respecto, debe precisarse previamente, que de la lectura de las diferentes convenciones colectivas de trabajo que se aportan al plenario, entre otras, las correspondientes para los años 1974, 1976, 1978, 1980, 1988, 1990, y 1996 no se vislumbra que las partes hayan pactado esa exclusión salarial en la manera que refiere el recurrente, y contrario a ello, lo que pactado en la cláusula 9° de la Convención Colectiva de Trabajo para el 1996, es del siguiente tenor:

“ARTICULO 9. Prima de vacaciones. A raíz en los cambios en la jurisprudencia laboral, respeto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente convención colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial. (Subraya el Tribunal).



Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, se cuantificarán y se pagarán. Para efectos de los pagos correspondientes, se concede plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996.

Las empresas podrán presentar, a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu personae acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.”

Luego, en el caso de la prima de vacaciones es claro el acuerdo entre las partes en darle a ese beneficio extralegal la connotación salarial.

Ahora, la inconformidad de la demandada radica en que no se tuvo en cuenta el contrato de trabajo celebrado por las partes en el cual en su cláusula segunda se estableció “LA FEDERACIÓN pagará a EL EMPLEADO un salario mensual de UN MILLON DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/cte (\$1.245.640). Cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este Contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO, y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales”. Señalando que con este contrato el actor de manera voluntaria desalarizó la prima extralegal de vacaciones.

Para desentrañar el problema jurídico encaminado a determinar si con el contrato de trabajo suscrito por el actor podía renunciar a los beneficios convencionales a los cuales tenía derecho como lo es que la prima de vacaciones constituye factor salarial, la CSJ nos ha enseñado entre otras en la sentencia SL 2112-2022 que reiteró lo dispuesto en la SL 965-2021 que:



*“i) que son válidos todos aquellos acuerdos, se comprende individuales o colectivos, entre trabajadores y empleadores, que se profieran con observancia de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables; ii) que, por consiguiente, lo pactado es ley para las partes e impone la obligación de ejecutarlo de buena fe; iii) que, sin embargo, debido a que, «el orden público laboral limita la voluntad de [estas]», debe entenderse que ese respeto, se pregona, «[...] única y exclusivamente cuando se realicen conforme a la ley laboral, toda vez que **no siempre las partes pueden decidir libremente**».”*
(negrilla fuera de texto)

Señalando además la Corte que la reacción o sanción del ordenamiento jurídico que debe adoptarse cuando se contrarían normas de orden público, por cuanto, por su naturaleza están restringidas a la autonomía de la voluntad de las partes como se precisó en las sentencias de la Corte Constitucional C177-2015 y C781-2003 es la ineficacia de lo convenido. Indicando que esos acuerdos como en este caso lo es el contrato de trabajo, el cual si bien es ley para las partes, son contrarios a la fuerza del orden público que el sistema jurídico le otorga a la convención colectiva laboral, así como a las normas imperativas que regulan el procedimiento para variar lo dispuesto en aquella y sobre la vigencia de la misma, por lo que indica la CSJ que se le debe restar efectos a esos acuerdos individuales que contrarían la convención colectiva conforme a los postulados de buena fe contractual.

Y es que como lo ha adoctrinado la Corte entre otras en las sentencias SL 1240-2019 y SL 3820-2020 “la «fuerza normativa de la convención», implica su reconocimiento como una fuente de derecho laboral objetivo, es decir, «[...] de orden público [...] y piso mínimo en la regulación de las condiciones de trabajo [...]»; así como también, **su carácter de «irrenunciable e inderogable» y, por tanto, la imposibilidad de variarla negativamente, a través de otros mecanismos de autocomposición colectiva e individual.**” (negrilla fuera de texto)



Siendo dicha hermenéutica la que se ajuste según lo indica la Corte en la sentencia SL 1309-2022 a la Recomendación N° 091 de la OIT a:

“i) los principios fundamentales del derecho laboral, entre ellos, a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en fuentes normativas laborales y, a la imposibilidad de transigir, cuando estos tienen el carácter de ciertos e indiscutibles (artículo 53 de la CP);

ii) la naturaleza de orden público de esta especial regulación (artículos 13, 14, 15 y 16 del CST),

iii) la finalidad de su existencia, que no es una distinta que la de «lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social» (artículo 1° del CST), en relación con la regla hermenéutica general del artículo 18 del CST y, especialmente,

iv) al carácter preferente de la convención en el derecho constitucional colombiano, en tanto que es la máxima expresión del derecho a la negociación colectiva, garantizado en el artículo 55 de la CP y ser por el único contrato particular constitucionalizado.

En efecto, en ese marco, la Corte se ha preocupado por encontrar una armonía entre los derechos individuales fundamentales y colectivos, que convergen en las relaciones obrero patronales, con lo que se logra advertir, que la jurisprudencia apunta a establecer que la «negociación colectiva», bajo cualquier forma de instrumentalización (contrato colectivo, pacto colectivo o acuerdo extraconvencional), no constituye un derecho ilimitado.”

Concluyendo la Corte que, las partes no están habilitadas para desconocer las normas de carácter imperativo sobre las modificaciones y la vigencia de las convenciones colectivas laborales.

Por tanto, la cláusula segunda del contrato celebrado entre las partes, contrario a lo señalado por la recurrente, no tiene la facultad para



desconocer o renunciar a la prima extralegal de vacaciones que le fue reconocida a través de la convención colectiva de trabajo, pese a que el contrato es ley para las partes, por lo que debe inaplicarse dicha cláusula contractual. Aunado a que en virtud del principio de favorabilidad como lo dijo el *A quo* al existir duda entre dos normas debe aplicarse la norma convencional la cual le es más favorable al trabajador.

Por último, respecto del recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora, esto es, sobre la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pretensión que no tuvo prosperidad, cabe indicar que, la misma no se configura de manera automática, y que para su imposición debe analizarse en el caso concreto si la conducta del empleador estuvo asistida de buena fe o no.

En el presente caso no se observó que la demandada haya dirigido actos en contra de la demandante con el fin de desconocer sus derechos laborales, siendo que la principal razón que tuvo, fue precisamente lo que recordó el apoderado de la encartada en el recurso, esto es, sobre su postura de no hacer extensivos los beneficios convencionales a la promotora, tales como primas extralegales de servicios y de vacaciones, al insistir en la falta de retenciones o deducciones a favor de la organización sindical, y por tanto, no resulta caprichoso el obrar de la demandada, puesto que, conforme a razones de orden interpretativo consideró obrar de buena fe conforme a los lineamientos convencionales y legales, y así lo entendió la CSJ en un caso similar estudiado en la sentencia SL 4613-2019. Por consiguiente, no hay lugar a imponer condena por ese concepto, por lo que, se confirmará la sentencia en tal sentido.

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 01-2019-1355-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: HILDA MARTÍNEZ HUERTAS
DEMANDADO: PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora HILDA MARTÍNEZ HUERTAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su hija Jeimmy Rocío Valero, junto con mesadas retroactivas a partir del 10 de septiembre de 2018, incrementos e indexación. (fl. 18)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que es madre de Jeimmy Rocío Valero, quien nació el 30 de junio de 1988 y se encontraba afiliada a Porvenir S.A., que su hija empezó a padecer graves quebrantos de salud y con ocasión a un tumor cerebral, que le fue reconocida por esa AFP pensión de invalidez a partir del 6 de agosto de 2013, prestación de la que disfrutó hasta la fecha de fallecimiento, que toda la vida vivió con su hija, quien era soltera, sin unión marital de hecho y no tenía hijos propios como tampoco adoptivos, que su hija era quien sufragaba los gastos de del hogar, en especial su sostenimiento ya que no labora ni recibe pensión alguna.

Afirma que su hija falleció el 10 de septiembre de 2018, que siempre atendió a su hija Jeimmy en su enfermedad y dependía de ella para su subsistencia por cuanto desde hace 9 años se encuentra separada de su cónyuge, que solicitó a la demandada reconocimiento pensional de sobreviviente el 19 de febrero de 2019 y este le fue negado. (fls.31 y 32)

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 los contenidos en los numerales 2 a 4, 11 y 17, negó los No. 8 y 10 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, cobro de lo no debido e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe, compensación y prescripción. (fl.43)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de derecho pensional de sobreviviente a favor de la demandante, condenando a la demandada a reconocer y pagar dicha prestación a partir del 10 de septiembre de 2018 en cuantía de 1 SMLV, junto con incrementos y retroactivo pensional desde la data en mención de manera indexada hasta la fecha de su pago y la condenó en costas. (fl.71)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme la fecha de fallecimiento de la causante, 10 de septiembre de 2018, el estudio de la prestación reclamada debía regirse por lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, el primero de ellos indica que son beneficiarios de dicha prestación a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, los padres del fallecido siempre que dependiera económicamente del causante, de igual forma, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, había señalado que dicha dependencia económica de los padres respecto de su hijo fallecido, no debía ser total y absoluta, por ello, no excluía que los padres pudieran tener ingreso alguno siempre y cuando, estos no sean suficientes para garantizar su dependencia económica, de igual forma, tal dependencia sólo se establecía previo el estudio de cada caso en concreto y la carga de la prueba de la misma, estaba en cabeza de los padres demandantes, correspondiéndole al demandado desvirtuar esa sujeción material mediante la convicción que acredite la suficiencia de los padres para solventar sus necesidades básicas y la Corte igualmente había señalado que para acreditar dicha dependencia, se debía demostrar que el aporte del fallecido era significativo y representativo en relación con los otros ingresos percibidos por los padres.

Conforme lo anterior, afirmó que teniendo en cuenta las pruebas allegadas al plenario, se acreditaba la fecha de defunción de la causante, que era pensionada por invalidez, que la demandante al absolver interrogatorio de parte, había señalado que solo era dueña de una tercera parte del inmueble ubicado en la carrera 98 Sur, que se casó con el señor Martín Gómez, quien no era el padre de su hija y se separó de él en el 2010, ya que él regresó con su anterior esposa y 6 hijos, que su hija trabajaba en QBE seguros, que no ha cotizado a pensión ni salud y cuidó de su hija en su enfermedad y hasta la fecha de fallecimiento; que el representante legal de la demandada había indicado que la señora Jeimmy gozaba de pensión de invalidez; que la testigo María Lamus había señalado que conoció a la demandante por medio de su hija Jeimmy, porque trabajó con ella desde 2009 al 2013 en la sociedad en mención y por la misma causante tuvo conocimiento que ella era el soporte económico y moral de su hogar conformado por su madre y hermano, ya que este último tenía trabajos esporádicos en una panadería y no le alcanzaba para aportar en el hogar, que ella le comentaba que era quien sufragaba los gastos de su casa, como alimentos y servicios, pues su madre no podía

trabajar, que le constaba en su condición de jefe de la causante que su madre fue quien estuvo siempre con Jeimmy a lo largo de su enfermedad y hasta su fallecimiento.

Por su parte, el señor Armando Arenas, afirmó conocer a la demandante y su hija hace 18 años, no le constaba si la demandante tenía algún ingreso propio, el señor Dimas Sánchez, señaló igualmente conocer a la demandante y su hija hace más de 20 años porque fueron vecinos en Boyacá y las visitaba cuando tenía vacaciones en el Ejército; que conforme a dicho material probatorio, si bien la demandante había señalado que era dueña de la tercera parte de un inmueble y que tenía sociedad conyugal vigente, la demandada había corroborado que se encontraba separada de cuerpos con su compañero; y conforme la testimonial vertida por la señora María Lemus quien fuera jefe de la causante, su madre fue quien se hizo cargo de ella luego de que quedara ciega y las demás testimoniales también habían dado cuenta de que era la causante quien sufragaba los gastos del hogar conformado por su madre y hermano y el hecho de que la actora tuviera sociedad conyugal vigente con el señor Martín Gómez y era beneficiaria de este en la EPS, no desvirtuaba la dependencia económica respecto de su hija de que daban cuenta las pruebas practicadas, ya que se había acreditado que el señor Martín había abandonado el hogar desde el 2010 y no se había acreditado que este destinara ayuda económica alguna a favor de la demandante.

En cuanto a lo indicado por la demandada respecto del ingreso mensual a favor de la demandante de \$300.000 por parte de su otro hijo, la diferencia de los gastos del grupo familiar, era asumida por la causante, pudiéndose determinar que el apoyo económico era forzoso para la congrua subsistencia de la actora y la “mera colaboración o ayuda” que alega la demandada que llegó a suministrar la causante sí constituía un apoyo necesario a favor de la demandante, quien era ama de casa y no se demostró que laboraba, habiendo lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la prestación deprecada a partir de la fecha de fallecimiento de la causante, junto con reajustes e indexación.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que la solicitud para reconocimiento pensional a favor de la demandante, se había radicado el 26

de septiembre de 2018 y la demanda fue radicada en diciembre de 2019, no transcurriendo el fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el Fondo demandado señaló que debía analizarse de manera puntual las pruebas aportadas por ese fondo que revelan de manera clara que cuando adelantó la investigación de dependencia económica, no se había analizado la manifestación realizada por la misma demandante en uno de los informes que se realizó por la empresa encargada de dicha investigación, ya que esta señaló que no dependía económicamente de su hija fallecida, por cuanto señaló que el ingreso pensional de esta estaba destinado a sus gastos médicos, no se demostraba por parte de la actora ni cualitativa, ni cuantitativamente la forma en que dependía de su hija, no había prueba fehaciente de que tal apoyo suministrado por su hija fuera determinante y sin el cual ella no pudiera vivir, que esa AFP logró probar que la actora contaba con otros ingresos que le permitían su subsistencia y no se concluía cómo se había determinado cómo se pudo haber afectado la calidad de vida de la actora, con posterioridad al fallecimiento de su hija.

De igual forma, no se había valorado la prueba que daba cuenta de que la demandante era propietaria de 2 inmuebles, uno de ellos es en el que habita, que igualmente la afiliada no tenía afiliada a su madre en el sistema de salud, lo que revela que no hubo dependencia alguna y de igual forma, las testimoniales vertidas daban cuenta de conocer a la demandante hace más de 18 o 20 años y no sabían de manera sorpresiva si el inmueble en que habitaban era de ella o no y determinaban como común denominador que la causante era la única que ayudaba al sostenimiento de su madre.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la entidad demandada y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la sala determinará si la demandante, acreditó la dependencia económica respecto de su hija Jeimmy Rocío Valero.

No fue objeto de reparo la fecha la calidad de hija de Jeimmy Valero respecto de la demandante, como tampoco que falleció el 10 de septiembre de 2018, como se observa de certificado de defunción allegado al plenario (fl.9); de igual forma no fue ofreció reproche que a la fecha de su deceso, la causante gozaba de pensión de invalidez otorgada por la demandada.

Con base en lo anterior y a efecto de solucionar el problema jurídico planteado, imperativo resulta comenzar señalando que como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, que como se indicó, tuvo lugar el 10 de septiembre de 2018, data para la cual, se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, para el caso de los padres y ante la inexistencia de hijos y cónyuge como es el caso de la causante Jeimmy Valero, acreditar dependencia económica respecto de la causante fallecida.

Conforme lo anterior, procede verificar si la demandante acreditó dicha dependencia respecto de su hija fallecida, la que no debe ser TOTAL Y ABSOLUTA, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006 y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL 3315 del 5 de agosto de 2020, M.P. Fernando Castillo Cadena; indicando de igual forma que la dependencia económica a acreditar por parte de los padres, debe ser relevante o significativa y no constituir una simple ayuda del hijo hacia sus padres.

Es así como para que sea procedente la pensión de sobrevivientes pretendida, debe configurarse una situación fáctica en la que se debe demostrar cierto grado de subordinación de los padres en este caso, respecto de la ayuda económica que en vida le era suministraba por su hija; de manera que dicha ayuda le permitía mantener una vida en condiciones dignas y de subsistencia mínima y siempre que no se demuestre que con los ingresos que devenga el peticionario pueda ser económicamente independiente, es decir que si con aquello de donde deriva su sustento y sin la ayuda brindada por la causante puede vivir bajo las mismas condiciones, desaparece de manera inmediata el propósito principal y el fin último de la pensión reclamada.

Así las cosas, verificado el acervo probatorio, se puede establecer en el presente, que contrario a lo manifestado por la recurrente también en escrito de alegaciones, la demandante sí acreditó depender económicamente respecto de su hija fallecida Jeimmy Rocío Valero, en tanto que quedó probado que no percibía ingresos fijos derivados de alguna actividad, pues no laboraba a la fecha de deceso de su hija y tampoco ostenta la calidad de pensionada, ya que tales cuestiones no fueron probadas; ahora bien y como lo señala la demandada si bien en curso de la investigación que realizó se demostró que la actora era dueña de un inmueble y de la tercera parte del que habita, lo cierto es que tampoco se demostró que recibiera algún canon de arrendamiento fruto del inmueble distinto al que habita y respecto de este último se itera, es su lugar de habitación del que igualmente no se logró probar que percibiera ingreso alguno fruto de una renta parcial.

Ahora bien, el hecho de que la demandante no fuera beneficiaria en salud de su hija, tampoco es un hecho logre desvirtuar la dependencia económica que se acredita en esta oportunidad como quiera que también fue suficientemente probado que se encuentra afiliada por medio de su ex cónyuge, de quien se encuentra separada desde el año 2010; a su vez los deponentes, que dicho sea de paso, **no fueron objeto de tacha**, y en especial la testimonial vertida por la señora María Camila Lemus, afirmó haber sido jefe directa de la hija de la causante entre 2009 a 2013 en QBE Seguros donde laboraban, dio cuenta que Jeimmy previo a padecer el tumor en el cerebro que la dejara invidente, le contó que era quien sostenía el hogar conformado por su hermano y su madre, ya que esta última no laboraba y su hermano no tenía trabajo fijo y cuando quedó ciega, su madre se convirtió en su bastón al no poderse valer por sí misma; el dicho de esta testigo que no ofrece sospecha alguna contrario a lo indicado por la recurrente, da cuenta de manera clara de la dependencia de la actora respecto de su hija, quien era la única del círculo familiar que tenía un ingreso fijo y le manifestaba que ella era quien debía responder por su hogar y sacar a su madre adelante, dicha deponente narró de manera clara cómo continuó en contacto con Jeimmy luego de que quedara en estado de invalidez y la ayudó a visitar diferentes galenos en aras de mejorar su estado de salud, citas a las que siempre llegaba con su madre, siendo claro que esta última es de avanzada edad.

La dependencia económica de la que dio cuenta la señora María Lemus, fue corroborada por los testigos Armando Arenas y Dimas Sánchez, a cuyo dicho no es posible restarle credibilidad porque no dieron cuenta si el inmueble en que habitaba la actora y su hija era propio o en arrendamiento, ya que tal cuestión ni siquiera constituye objeto de este debate procesal y por ello el objetivo de las testimoniales vertidas, no fue dilucidar tal cuestión

De igual forma, tampoco era deber de la actora demostrar la suma destinada por su hija para garantizar su subsistencia como quiera que la normatividad aplicable no exige tal requisito, sino únicamente el de la dependencia, que se itera, para el caso bajo estudio, no debe ser absoluta, máxime cuando los gastos personales y de los hogares, varían de manera permanente.

Por último y en cuanto al argumento de la recurrente según el cual en curso de la investigación que adelantara para el reconocimiento pensional reclamado, la demandante había señalado no depender económicamente de su hija; lo cierto es que en curso de este trámite procesal, logró probar lo contrario conforme el análisis precedente, esto es, que sí dependía económicamente de su hija debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado.

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 lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 34-2019-00181-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ALVARO PÉREZ PÉREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional No. 369.821 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 y, del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de junio de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor ALVARO PÉREZ PÉREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado y afiliación al RAIS por falta al deber de información y buen consejo de la AFP PORVENIR. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR que realice la devolución de todos los aportes cotizados con sus rendimientos y que asuma los menores valores frente a su cotización; ordenar a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR que realicen los trámites a que haya lugar para activar la afiliación del demandante en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 62 archivo 11001310503420190018100).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de julio de 1954; que el 10 de abril de 1987 comenzó a cotizar al SEGURO SOCIAL; que en junio de 1995 se trasladó al RAIS; que una asesora de la AFP PORVENIR visitó la Lotería Boyacá (Tunja) en la cual se encontraba trabajando y le ofreció llenar una solicitud de vinculación al fondo de pensiones con el argumento de que la pensión sería superior en el Fondo Privado, sin darle más información; que no se le brindó una información veraz, completa y suficiente para poder tomar una decisión; que nunca se le informó que podía hacer traslado de régimen hasta antes de faltarle 10 años para cumplir la edad para pensionarse; que elevó petición ante las demandada solicitando su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 58 a 62 archivo 11001310503420190018100).

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 2, 3, 8, 9, 10 y 11; negó el 1° y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del



traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fls. 86 a 102 archivo 11001310503420190018100).

Por su parte, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 8 y 9; manifestó no constarle el 2, 10 y 11 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 238 a 263 archivo 11001310503420190018100).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado el día el 30 de junio de 1995, por ÁLVARO PÉREZ PÉREZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de ÁLVARO PÉREZ PÉREZ, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de ÁLVARO PÉREZ PÉREZ, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.



QUINTA: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDADPORVENIR S.A., liquidense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho. SEXTO: Conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.” (archivo ACTA AUDIENCIA SENTENCIA 2019-181)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con la simple firma del formulario de afiliación; que la AFP privada debía demostrar que brindó la información necesaria al momento del traslado; que la carga era de la AFP PROVENIR y, que no se puede decir que la decisión del actor fue libre y voluntaria sólo con la firma del formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que la ley 100 estableció la posibilidad de trasladarse casa 5 años y hasta cuando le falten 10 años para cumplir la edad para pensionarse. Que no se puede declarar la nulidad porque nos encontramos frente a un error en un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento. Que no se puede declarar la ineficacia como quiera que el traslado fue libre y voluntario y cumplió con los requisitos plasmados en la ley. Que para la fecha del traslado la Superintendencia Financiera estableció que para hacer efectivo el traslado era necesario diligenciar el formulario de afiliación y era el único requisito que se exigía. Que toda la información que extraña se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993. Que no se puede permitir la descapitalización del sistema.

Por su parte, la **sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que por haber existido un acto jurídico que versó de la voluntad del demandante solicita que se respete la voluntad de las partes y, se le dé el valor probatorio al formulario de afiliación que suscribió, pues era el único documento que se exigía para ese momento, para dar la voluntad expresa



del afiliado. Que para ese momento no estaba consolidado el derecho a la información. Que con el Interrogatorio de parte se demostró que el actor recibió la información exigida. Que los afiliados tenían deberes y obligaciones, los cuales incumplió el demandante. Que la información está plasmada en la ley. Que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, ni primas de seguro porque ya se causaron y no se encuentran en su poder. Además porque dicha entidad cumplió con su gestión de manera oportuna y eficiente.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor **Álvaro Pérez Pérez**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR, en el año 1995 (fl. 33 archivo 11001310503420190018100), entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, 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 y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Álvaro Pérez Pérez, 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 Porvenir 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 Porvenir.



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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar



información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto 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 entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Tampoco se releva la AFP de su obligación de brindar la información exigida, porque ésta se encuentra en la Ley.

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 la AFP PORVENIR, 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, contrario a lo señalado por la AFP PORVENIR en su recurso, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que en el



año 1995 que se trasladó a la AFP PORVENIR sólo le manifestaron que se podía pensionar más temprano y mejor.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento. Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

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

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

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



declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

Ahora bien, se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP PORVENIR, los que contrario a lo señalado por la AFP PROVENIR en sus alegatos deben ser objeto de dicho traslado, al estudiarse el presente proceso en grado jurisdiccional de consulta en favor de 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.*

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

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos por la AFP PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración** y que la AFP PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, durante la vigencia de la afiliación del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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



obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: 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. 02-2019-598-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ HERBERTH TOFIÑO

DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 de recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ HERBERTH TOFIÑO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral para que se DECLARE que fue trabajador oficial al servicio del ISS entre el 1 de diciembre de 1989 al 31 de marzo de 2015, por lo que se hizo beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad social 2001-2004 y tiene derecho al reconocimiento de pensión de jubilación consagrada en dicha convención; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a

la UGPP a reconocer a su favor pensión convencional prevista en el artículo 98 de dicho instrumento y a partir del 1 de abril de 2015, condenándola igualmente a realizar los aportes a pensión desde la fecha de reconocimiento de esta prestación hasta el 14 de junio de 2021, para subrogar ante Colpensiones la obligación pensional y continuar pagando únicamente la diferencia, que se le condene al pago de intereses moratorios y en subsidio indexación.

Fundamenta las pretensiones señalando que nació el 14 de junio de 1959, que fue vinculado al ISS en calidad de trabajador oficial el 1 de diciembre de 1989, que entre dicho instituto y la organización sindical Sintraseguridad Social, fueron suscritas las convenciones colectivas de trabajo con vigencia 1996-1999 y 2001-2004, que era beneficiario de esta última convención, que en dicho instrumento se pactó que las pensiones convencionales tendrían vigencia más allá del año 2017, que alcanzó los 55 años de edad el 14 de junio de 2014, completando así los requisitos para ser beneficiario de la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva en mención.

Señala que entre el 31 de marzo de 2012 al mismo mes de 2015, presentó varias incapacidad, no obstante ello, percibió el valor completo del salario conforme el artículo 40 convencional y debido a la liquidación del ISS, su contrato de trabajo fue terminado de manera unilateral e injusta el 31 de marzo de 2015, cumpliendo un total de 25 años y 4 meses de servicio, que en el marzo de dicha anualidad solicitó al ISS renacimiento y pago de pensión convencional, a lo que la UGPP le respondió solicitando allegara documentación y finalmente dicha entidad en resolución RDP 038470, negó su solicitud, acto administrativo contra el cual interpuso los recursos de Ley siendo confirmada la misma.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 3.1, 3.3, 3.7, 3.14 a 3.20, 3.27 y 3.28 y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que cobro de lo no debido, ausencia de vicios administrativos demandados, prescripción y caducidad, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió CONDENAR a la UGPP a pagar a favor del demandante pensión de jubilación convencional a partir del 1 de abril de 2015 en cuantía de \$3.814.645, con reajustes y junto con retroactivo debidamente indexado a la fecha de efectividad de pago del mismo, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión la juez de primer grado señalando en síntesis que conforme el Decreto 2013 de 2013, la UGPP era la obligada para reconocer obligaciones pensionales de los ex trabajadores del ISS, que dicha entidad había negado el reconocimiento pensional solicitado por el actor en virtud de lo dispuesto por el AL 01 de 2005, que dejó sin vigencia la convención colectiva de trabajo.

En cuanto a la prestación reclamada, señaló que la Convención aportada 2001-2004, que contaba con constancia de depósito en el artículo 98 preveía dicha prestación y el artículo 2 de tal instrumento señalaba que su vigencia iría hasta 31 de octubre de 2004, no obstante, en los términos del artículo 478 del CST, no se demostraba que esta hubiera sido denunciada o terminada y por ende, se entendía prorrogada automáticamente continuando vigente al no demostrarse su voluntad de darla por terminada o la denuncia, como tampoco la existencia de otro instrumento convencional posterior; que al encontrarse vigente esta, la prestación reclamada debía causarse antes del 31 de julio de 2010 por virtud de lo dispuesto en el AL 01 de 2005, que en su párrafo segundo previó la imposibilidad de pactar condiciones pensionales distintas a las señaladas en el sistema general, las que perderían vigencia el 31 de julio de 2010, lo que fue reiterado por la Corte Constitucional en sentencia SU 555 de 2014.

Que la Corte Suprema de Justicia, había ratificado tal postura en sentencias tales como la SL 1409 de 2015 y SL 4540 de 2019, no obstante, había variado la misma en sentencia SL3635 de 2020, oportunidad en la que señaló que en principio no era posible extender la vigencia de las cláusulas convencionales más allá del 31 de julio de 2010, sin embargo, cuando una disposición colectiva, consagrara una vigencia que cubriera un periodo superior a dicha data debía respetarse, por ser esta la voluntad de las partes

que al quedar consignada en un texto convencional, constituían derecho adquiridos y expectativas de adquirir derecho pensional bajo dichas normas, bien porque se han causado o porque constituyen expectativas legítimas, ya que la convención es una verdadera fuente de derechos y obligaciones mientras se encuentre vigente, rectificando esa Corporación su criterio en lo atinente a las disposiciones pensionales convencionales.

Que dicha corporación en sentencia SL1409 de 2015, había indicado que la vigencia de la convención 2001 – 2004, se había fijado por 3 años, excepto la que reguló la pensión prevista en el artículo 98 que se fijó hasta el año 2017, por lo que a la entrada del AL 01 de 2005, tal preceptiva gozaba de vigencia hasta el año 2017; por ello la juzgadora indicó que recogía cualquier criterio anterior en contrario para estudiar si el actor tenía derecho a la pensión reclamada, para lo cual afirmó que se había probado que el actor había laborado para el ISS entre el 1 de diciembre de 1989 al 30 de marzo de 2015 y contaba a 31 de diciembre de 2017 con 58 años de edad, acreditando así los requisitos de 20 años de servicios y más 55 años de edad antes de que terminara el año 2017, que en lo referente al monto de la misma, dicho instrumento indicaba que se debía reconocer con el 100% de lo devengado por el actor en los últimos 3 años, para lo cual se debía tener en cuenta los factores salariales de asignación básica mensual, prima servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte y trabajo suplementario, por lo que liquidada de dicha forma la pensión, ascendía la primera mesada a \$3.814.645 a partir del 1 de abril de 2015, autorizando a la demandada a realizar los respectivos descuentos de salud.

En cuanto a los intereses moratorios señaló que la H. CSJ, había indicado que estos solo resultaban procedentes para pensiones de orden legal y no convencional.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que al realizar la liquidación de la prestación arrojaba un mayor valor a la indicada por el despacho, ya que esta correspondía liquidada bajo los parámetros de la convención a \$4.890.742, habiendo una diferencia de casi un millón de pesos entre esta y la señalada por el despacho y debía tenerse en cuenta que el actor había tenido varias

incapacidades, las que le habían sido canceladas y debían tenerse en cuenta como si fuera el salario, por lo que si estas no se incluían, afectaba su IBL, indicó que sí procedía la condena a intereses moratorios por cuanto así lo había indicado la Corte Constitucional en sentencia SU 065 de 2018 en la que indicó que dichos intereses también procedían para las pensiones convencionales.

Por su parte, la **UGPP** afirmó en su recurso que el derecho a la pensión reclamada feneció por virtud del AL 01 de 2005 y el actor no cumplía con los requisitos de dicha norma convencional para ser acreedor de la prestación reclamada y entre el año 2005 al 2010, era que se debían acreditar los requisitos para acceder a pensiones convencionales y a partir del 2010, no podían existir más pensiones de carácter convencional.

CONSIDERACIONES

En consonancia con los recursos de apelación formulados y con el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la Sala resolverá en primer lugar la vigencia de la disposición convencional con fundamento en la cual se condenó a la demandada a reconocer pensión de jubilación al actor, para luego de ser el caso, abordar el estudio de la cuantía de esta y si hay lugar a reconocer intereses moratorios.

En primer lugar, sobre la aplicación de la sentencia en la que se fundamentó la decisión de primer grado, esto es, la SL 3635 de 2020; sea lo primero señalar la ponente no comparte la variación **parcial** del criterio que venía sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto en las sentencias SL12498 de 9 de agosto de 2017 y SL13649 de 23 de agosto de 2017 y SL2986 del 2020, entre otras.

En los pronunciamientos anteriores la Corte interpretó la expresión “*se mantendrán por el término inicialmente estipulado*” contenida en la primera parte del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, y respecto de la cual la recurrente también pretende efectos a su favor, para referir que las reglas de carácter pensional fijadas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, regirían hasta que concluyera el término inicialmente pactado y con posterioridad a la vigencia de dicho Acto; mientras que la

expresión “*en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010*”, refiere a las eventuales prórrogas automáticas de las convenciones o pactos que se venían produciendo desde antes de la entrada en vigencia del mismo Acto, reglas que subsistirían únicamente hasta el 31 de julio de 2010.

Agrega la Corte que con las fórmulas establecidas por el constituyente delegado en el Acto Legislativo 01 de 2005, también se previó situaciones en las que el término inicialmente pactado o incluso el de la prórroga que se renovara entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010, podría tener una duración de 10 años o incluso más, de ahí que al interior de la Jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia, se tenga previsto que “*las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación cuya vigencia esté pactada para una fecha posterior al 31 de julio de 2010, se mantienen por el término inicialmente pactado*”.¹

Lo anterior, de igual manera fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional al interior de la sentencia **SU-555 de 2014**, oportunidad en la que esa Corporación analizó las recomendaciones dadas por el Comité de Libertad Sindical y adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT, precisamente referidas a la obligación del Gobierno Nacional encaminadas a que “*las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento*”.

No fue objeto de debate en el presente la calidad de beneficiario del actor de las convenciones colectivas suscritas por el ISS y su organización sindical en calidad de trabajador oficial del ISS, lo que se corrobora con las documentales allegadas al plenario digital.

Teniendo en cuenta lo anterior, se resalta que ni dentro de los hechos de la demanda como tampoco de las pruebas se logra acreditar que tales acuerdos convencionales hayan fenecido, pero no por ello, puede perderse de vista lo establecido en el parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005 en materia de pensiones convencionales, esto es, que “*en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010*”, como lo ha manifestado la Corte, al referirse a las prórrogas

¹ SL12498-2017 09/08/2017 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

automáticas de las convenciones o pactos que se venían produciendo desde antes de la entrada en vigencia del Acto legislativo.

Ahora bien, el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001 – 2004 (fl. 39), se tiene que dicha preceptiva convencional, prevé como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, que el trabajador oficial cumpla 20 años de servicios continuos o discontinuos al servicio del ISS, y, en el caso de los hombres cumplir la edad de 55 años; en lo referente al actor, se pretende que el derecho pensional sea concedido en proporción del 100% del promedio mensual percibido durante los últimos tres años de servicios, esto, como respuesta al numeral segundo de la misma norma convencional que fijó lo anterior para quienes se pensionaran entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, ítem respecto del cual el demandante considera tener derecho.

A la anterior conclusión se arriba, tras evidenciar como lo indica la parte demandada en alegaciones y recurso que el actor no causó el derecho pensional de naturaleza convencional antes del 31 de julio de 2010, data para la cual la convención colectiva de trabajo ya había expirado, por lo menos en lo que respecta a las reglas pensionales más favorables que las establecidas en el sistema general de pensiones, como quiera que si bien no existe reparo en cuanto al tiempo laborado, es claro que arribó a la edad de 55 años de edad (fl. 36 exp. digital) el 14 de junio de 2014, esto es, con posterioridad al 31 de julio de 2010, data para la cual tal prerrogativa pensional de origen convencional que reclama ya había perdido vigencia, aunque el resto del escrito sindical continuara incólume al no ser objeto de modificación por parte del Acto Legislativo 01 de 2005.

Adicionalmente, en el presente caso tampoco se observa ni siquiera que se haya causado expectativa legítima a favor del demandante, siendo que los requisitos para acceder a la pensión de jubilación del artículo 98 del texto convencional tampoco se cumplieron durante las prórrogas automáticas de la convención de que era beneficiario, esto es se reitera, entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010, tal como lo dejó establecido la Corte Constitucional en igual sentencia de unificación SU-555 de 2014, al indicar lo siguiente:

“Bajo ese entendido, este párrafo transitorio sólo protegería los derechos y expectativas de aquellos que cumplen los requisitos para acceder a las pensiones convencionales contempladas, entre el 29 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010. Por el contrario, no podría constituir una expectativa legítima la de aquel trabajador que, en virtud de una renovación automática de la convención, que, sin la citada prohibición vencería con posterioridad al 31 de julio de 2010, adquirió su derecho después de dicho límite.

[...] Se considerarán expectativas legítimas las de aquellos trabajadores que cumplieron los requisitos durante las prórrogas automáticas de las convenciones (vigentes, es decir, cuyos términos iniciales no se vencieron a la entrada en vigencia del acto legislativo) que se realizaron entre el 29 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010”².

Así las cosas, para esta Sala no es dable desconocer el carácter vinculante de la norma constitucional como es el Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al cual, se itera, las prerrogativas pensionales convencionales tuvieron vigencia hasta el 31 de julio de 2010, como igualmente se puso de presente en reciente decisión de esta Sala, proferida el 29 de julio del año en curso M.P. Lorenzo Torres, al analizar un caso similar en el que se predicaba la aplicación del artículo 98 de la Convención Colectiva 2001-2004 suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, razón por la cual, se **revocará** la decisión de primer grado para en su lugar ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, no habiendo lugar a referirse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante por sustracción de materia.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra conforme lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

² SL12498 del 9 de agosto de 2017. Rad. 49.768

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. 34-2017-00774-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: MANUEL ANTONIO JIMÉNEZ HERNANDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Segundo Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 08 de noviembre del 2021.

ANTECEDENTES

El señor MANUEL ANTONIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que COLPENSIONES debe reconocer y pagar el retroactivo por la pensión de vez del actor desde el momento en que cumplió los requisitos para tal fin conforme lo exige el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, junto con la indexación de las mesadas adeudadas, los reajustes legales, los intereses



moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 111 a 113 archivo 11001310503420170077400 CD fl. 73).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 06 de mayo del 2009 el actor presentó solicitud de reconocimiento pensional por cumplir con los requisitos de ley; que para la fecha en la que solicitó el reconocimiento pensional ya cumplía de edad y semanas de cotización; que el ISS mediante la Resolución N° 53204 de noviembre de 2009 dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión de vejez a la que tenía derecho, por cuanto no contaba con el original de su partida de bautismo; que una vez llegó el documento requerido el Seguro Social mediante Resolución N° 004871 del 18 de febrero de 2010 reconoció la pensión de jubilación a partir del 01 de marzo del 2010, sin tener en cuenta que la pensión se había solicitado desde el 06 de mayo del 2009; que la norma que le fue aplicada fue la Ley 100 de 1993; que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento del retroactivo deprecado, sin obtener una respuesta favorable; que es beneficiario del régimen de transición, cuenta con más de 1000 semanas cotizadas y a julio de 2005 había cotizado más de 750 semanas. (fls. 107 a 125 y 131 a 139 archivo 11001310503420170077400 CD fl. 73).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el contenido en los numerales 2, 6, 9, 11 y 16; dijo no constarle el 17, ser parcialmente cierto el 13, no ser un hecho el 10 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho al retroactivo pretendida, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios,, ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para



demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden Público, prescripción y la genérica. (fls. 2 a 18 archivo 03. Contestación COLPENSIONES).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“

“PRIMERO: NEGAR en su totalidad las pretensiones de la demandada presentada por MANUEL ANTONIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, por las razones esbozadas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, denominadas “cobro de lo no debido y carencia de causa para demandar”.

TERCERO: Costas de la instancia a cargo del demandante MANUEL ANTONIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, como se indicó en la parte motiva.

CUARTO: En caso de no ser recurrida la decisión, se concede el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser la sentencia totalmente desfavorable a los intereses del accionante.” (Archivo Acta audiencia)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que causó el derecho a la pensión de vejez en marzo de 2005 fecha para la cual contaba con más de 1000 semanas y la edad exigida; que conforme al artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 para entrar a disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación del sistema; que revisado el reporte de semanas no se encuentra clara su intención de desafiliarse, pues siguió cotizando y sólo quiso desvincularse en julio de 2010 por lo que COLPENSIONES acertó en la fecha en que se reconoció la pensión de vejez.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del actor, se tiene que lo pretendido por el señor MANUEL ANTONIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, se circunscribe a que se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle un retroactivo pensional.

Existencia del derecho al reconocimiento de retroactivo pensional

A este respecto, se tiene que el acto administrativo de reconocimiento pensional de vejez, resolución N° 004871 del 18 de febrero de 2010, indica que el demandante es beneficiario del régimen de transición y reconoce derecho pensional a su favor con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 01 de marzo del 2010, señalando que la solicitud encaminada a reconocimiento del derecho pensional efectuada por el demandante, fue elevada el 06 de mayo de 2009 (fl. 2).

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, normatividad con fundamento en la cual la demandada reconoció pensión de vejez al demandante, señala:

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

Conforme la disposición legal transcrita, se tiene que para el disfrute de la prestación es necesaria la desafiliación del sistema; aspecto frente al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que la negligencia de la entidad de seguridad social en efectuar el reconocimiento pensional, no debe afectar el derecho pensional del afiliado, **cuando este, haya manifestado su intención inequívoca de dejar de pertenecer al**



sistema pensional, así lo reiteró en sentencia radicado No. 50231 del 17 de junio de 2020, M.P. Iván Mauricio Lenis:

Pues bien, la Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el alcance del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, en el sentido de que esta disposición prevé que es necesaria la desafiliación del sistema general de pensiones para que el beneficiario de la pensión de vejez pueda comenzar a disfrutarla (CSJ SL 21 feb. 2005, rad. 24370 y CSJ SL 26 jun 2012, rad. 47639).

Sin embargo, sobre dicha regla, la Corporación también ha establecido que es posible determinar una fecha diferente con anterioridad al retiro formal del sistema general de pensiones a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, cuando se presentan situaciones particulares y excepcionales que deben advertir los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia (CSJ SL163-2018, CSJ SL1353-2019 y CSJ SL5541-2019). Precisamente, en la primera de las providencias la Corporación señaló:

En relación con el disfrute de la prestación de vejez o de jubilación, reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 se requiere la desvinculación formal del sistema general de pensiones (...).

No obstante, sobre la primera regla general relacionada con la desafiliación de dicho sistema, esta Sala ha acudido a soluciones diferentes y ha otorgado el reconocimiento de la prestación con anterioridad al retiro formal de aquel, ante situaciones particulares y excepcionales, las cuales deben ser verificadas por los jueces en su labor de resolver los asuntos sometidos a su consideración.

Ello, se ha establecido en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017). En la sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación indicó lo siguiente:

“Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es “clara” y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio



hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala “si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario” (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798)”.

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, para la Corte, le asiste razón a la censura en cuanto a que el Tribunal cometió el dislate fáctico al no dar por demostrado que las cotizaciones que efectuó con posterioridad al 9 de abril de 2008 fue porque el ISS la indujo a error.

En efecto, nótese que al resolver la petición de la accionante, la entidad de seguridad social negó el derecho pensional reclamado y le indicó que no tenía la densidad de semanas exigidas para ello, cuando se acreditó en el proceso que ello no correspondía a la realidad, de modo que debe entenderse que los aportes llevados a cabo con posterioridad no fueron con la intención de incrementar el monto de tal prestación, sino de reunir los requisitos legales, se reitera, de acuerdo a la situación que el ISS le informó inicialmente y equivocadamente, lo que permite el reconocimiento y disfrute de la pensión de vejez a partir del momento en que presentó tal solicitud.

Por tanto, al presentar su requerimiento en la fecha ya indicada, debe entenderse que, pese a no haber desafiliación del sistema de pensiones, la voluntad de la actora era la de no seguir vinculada al mismo y por ello requirió la plurimencionada prestación. (negrilla fuera del texto original)

Conforme el criterio jurisprudencial antes transcrito, se observa que en el presente, no se evidencia la voluntad del demandante de dejar de pertenecer al sistema pensional desde el año 2009, pues si bien se observa que el 06 de mayo del 2009 elevó solicitud de reconocimiento pensional y, que COLPENSIONES mediante la Resolución N° 53204 del 10 de noviembre de 2009 le manifestó que se dejaba en suspenso su reconocimiento pensional hasta que el actor allegara la partida de bautismo original o copia autenticada del REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO; el promotor del litigio optó por seguir cotizando hasta el 30 de junio del 2010.



No pudiendo entenderse que fue inducido a error como quiera que COLPENSIONES en ningún momento le manifestó que le hacían falta semanas de cotización para acceder al reconocimiento pensional pretendido.

Es así como en el presente no obra prueba de negligencia por parte de la entidad demandada, por el contrario lo que se evidencia es que COLPENSIONES incluso le reconoció la pensión de vejez al actor desde el 01 de marzo del 2010; data para la cual aún se encontraba cotizando y afiliado al sistema, pues cotizó hasta el ciclo de julio de 2010 y su empleador pasó la novedad de retiro en agosto del 2010.

De tal manera, se itera, en el presente no obra prueba de que la demandante haya ejecutado actos inequívocos tendientes a dejar de pertenecer al sistema pensional desde el año 2009, pues pese a que elevó la solicitud continuó realizando cotizaciones hasta julio del 2010 como trabajadora dependiente.

Lo señalado en precedencia denota la voluntad de la actora de seguir cotizando hasta el año 2010, razón por la cual, no hay lugar a reconocer retroactivo pensional alguno, como bien lo indica la falladora de primera instancia, debiéndose **CONFIRMAR** la sentencia de primer grado.

Sin costas en este grado jurisdiccional.

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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. 03-2020-011-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CARLOS MIGUEL SARMIENTO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades Porvenir S.A. y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS MIGUEL SARMIENTO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado que realizara al RAIS a través de Porvenir S.A., al no habersele proporcionado la información completa y comprensible acerca de las consecuencias de su traslado, que esta AFP y Protección S.A., incurrieron en omisión del deber de información y por ello debe estar afiliado al RPM. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Porvenir y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Protección S.A., esta última a la que se encuentra afiliado a tener por ineficaz su traslado al RAIS, condenándola a trasladar sus aportes con destino a Colpensiones y a la administradora del RPM se le ordene aceptar dichos aportes y tenerlo como afiliado sin solución de continuidad desde 1982 (fl. 5 y 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS el 16 de febrero de 1982, Instituto al que cotizó 392.71 semanas previo su traslado al RAIS, que a 1 de abril de 1994, se encontraba afiliado a este y el 16 de agosto de 1997, se afilió a Porvenir S.A., encontrándose actualmente afiliado a Protección S.A., y al momento de su afiliación al RAIS Porvenir S.A., no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el RPM, no le elaboró proyección pensional, que le indicaron que el ISS se iba a acabar y por ende no se podría pensionar, que en el RAIS se podría pensionar a cualquier edad, sin que le explicaran la afectación que ello tendría en su mesada, que no le informaron respecto de las desventajas de su traslado, entregándole información sesgada con el fin de concretar su traslado.

Que estando afiliado a Protección en el 2011, esta AFP, nunca le informó sobre la oportunidad que tenía de retornar al RPM antes del cumplimiento de los 52 años de edad, que cuenta con más de 1337 semanas de cotización y el 19 de noviembre de 2019, solicitó ante Porvenir S.A., la invalidación de su traslado y a Colpensiones tenerlo como su afiliado, solicitudes que fueron negadas. (fls. 6 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 a 5, 16 y 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl. 119).

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 y 14 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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. 192).

PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los No. 4, 15 y 18 y negó los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (fl. 192).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del demandante del RPM al RAIS, administrado entonces por Porvenir S.A., realizado el 16 de agosto de 1997, así como los traslados o afiliaciones posteriores en forma horizontal entre, para entender vinculado al 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 del 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 del demandante como si nunca se hubiese trasladado del RPM, así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante. (..) (fl. 186).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que lo pretendido era la ineficacia del traslado realizado por el demandante del RPM al RAIS 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 en el RPM el actor había cotizado 392.71 semanas, que obraba reporte SIAPF, en el que se evidenciaba los traslados del actor a Porvenir S.A., y luego a Colmena hoy Protección el 5 de julio de 1999; que analizado el interrogatorio de parte del demandante, de este no se derivaba confesión alguna en cuanto al suministro de la información. Por el contrario, señaló el actor que el asesor de la AFP Porvenir, únicamente le planteó las bondades de afiliarse al RAIS, que en el traslado a Protección se podía identificar que en este participó un asesor comercial adscrito a dicha AFP y al respecto sólo había quedado el formulario de afiliación.

Indicó respecto de la ineficacia de traslado que contrario a lo señalado por las AFP accionadas, a la fecha en que se promovió el traslado del demandante al RAIS, 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 Porvenir S.A. brindarle toda esa información completa, veraz oportuna objetiva comparada y transparente acerca de las características de los regímenes, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

encontraba una razón para apartarse de dicho criterio ya que tal carga probatoria surgía del artículo 167 del CGP, que posteriormente había sido acompasada 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 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 el demandante el 16 de agosto del año 1997 no contenía ningún dato con el que pudiera concluirse que la AFP Porvenir S.A., 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 del 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 y lo mismo se predicaba respecto de Protección S.A.

Indicó que el hecho de que el demandante posteriormente se hubiera trasladado 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Concluyó que la demandada Porvenir S.A., antes no había demostrado durante el debate probatorio que al demandante en el momento de ser trasladado de un régimen a otro, 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 acarrearía, debiéndose declarar ineficaz el traslado realizado por este el 16/08/1997 del RPM al RAIS, así como el posterior traslado a Protección, habiendo lugar a condenar a dicha AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de afiliación del 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 del actor 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 adecuaba 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 **Porvenir** recurrió señalando que el traslado del actor no era ineficaz, ya que de declararse así atentaba contra el principio de seguridad jurídica pues a la fecha de dicho traslado el único requisito de validez del mismo, era el formulario de afiliación en los términos del Decreto 692 de 1994, el que establecía que era el documento mediante el que se aceptaba las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

condiciones del régimen a que se afiliaba, que existían para esa fecha normas del deber de información, pero ellas eran muy generales y 25 años después era la Corte Suprema de Justicia la que fijaba unos parámetros de dicho deber que no se encontraban vigentes para la época, no siendo procedente que se obligar a la AFP traer prueba de la información respecto de la cual no existía obligación de dejarla consignada y el formulario se presumía auténtico y no se establecía que allí debiera constar el suministro de información.

Protección recurrió señalando que como lo indicaba Porvenir, para la fecha de traslado del actor, no era procedente exigir prueba de suministro del deber de información, no era dable trasladar al RPM, aunado a ello las cuotas de administración y las primas de reaseguro no debían ser objeto de traslado pues la Comisión de Administración ya es un descuento autorizado por la ley 100 del 1993 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, aunado a ello se había allegado prueba del certificado rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante que daba cuenta de que se obtuvieron ganancias 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, que para el caso bajo estudio no hubo una desmejora del bien, esto es, de las cotizaciones realizadas por el actor, contrario a ello, tuvieron rendimientos, no existiendo una congruencia ya que se declaraba una ineficacia que implicaba 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 del demandante y que dichos recursos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 cuanto al seguro previsional la misma CSJ en sentencia SL 2324 de 2019, se refirió al rol de los terceros de buena fe indicando que las consecuencias de la ineficacia no podían extenderse a estos, encontrándose esa AFP en incapacidad de recobrar dichos valores a la aseguradora que cumplió con la actividad contratada y la que fue ejecutada; ya que tal condena sería equivalente a un pago de perjuicios, que no habían sido demostrados en el proceso.

Colpensiones, indicó que no era procedente la declaratoria de ineficacia ya que las manifestaciones esbozadas por el actor en interrogatorio de parte dan cuenta del deber de información que se le suministró y el mismo juez señaló que el actor divagaba en su dicho, no teniéndose certeza de cuál era la falta de información cuando el demandante ni siquiera recordaba las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su traslado.

Que el hecho de que se devolvieran los aportes a esa entidad junto con rendimientos, no significaba que no se presentara una afectación al principio de sostenibilidad financiera conforme lo señalado por la Corte Constitucional, cuando lo que se busca es la protección del RPM y la forma de financiación del mismo, ya que estos procesos tenían como fin que dicha entidad reconociera las prestaciones propias de este y eran los demás afiliados del RPM quienes tenían que financiar la pensión del actor que por 25 no había estado afiliado a ese régimen, ya que los recursos objeto de traslado serían parte de un fondo común.

Señaló por último que no debía ser condenada en costas ya que el actor había escogido libremente pertenecer al RAIS y se encontraba inmerso en la prohibición de traslado, circunstancia por la cual se opuso esa entidad a las pretensiones, en aplicación de la Ley.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene lo pretendido por el señor CARLOS SARMIENTO se circunscribe a la ineficacia de la afiliación que realizara inicialmente con Porvenir S.A., a través de formulario suscrito con esa AFP el 16 de agosto 1997, como se verifica de copia del mismo, allegada por esa AFP y por la parte demandante, quedando probado igualmente su traslado horizontal a la AFP Protección S.A., en el año 1999.

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 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, a quien no se le puede exigir probar los términos de dicha asesoría como erradamente lo señala Colpensiones en su recurso y contrario a lo manifestado por esta, del interrogatorio de parte, no se deriva confesión alguna al respecto.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones en alegaciones, el demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en dicho acto brindarle al afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, pues 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.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo indicó el juzgador de primer grado, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Carlos Sarmiento, se le hubiera brindado alguna información o comparativo en cuanto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la entonces Porvenir



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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. que el traslado del señor Carlos Miguel, haya sido libre y voluntario, pues se itera, dicho acto no puede tener tal connotación cuando 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 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

(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 AFP 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 las AFP convocadas, probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este. Lo anterior por cuanto el formulario suscrito por la demandante ante esta AFP no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del actor, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Tampoco sale adelante 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 en su sala fija, entre otras



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 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.

Respecto de la condena en costas que reprocha Colpensiones, se tiene que esta entidad fue vencida en juicio, conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, por lo que dicha condena, no será objeto de revocatoria.

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 al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, 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. 0320200001101 Dte: CARLOS MIGUEL SARMIENTO 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. 04-2019-00930-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ FERNANDO ESTRELLA BECERRA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.454.425 y tarjeta profesional No. 121.126 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S. como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MARÍA ALEJANDRA BARRAGAN COAVA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.300.940 y tarjeta profesional No. 305.329 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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, Porvenir S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de



Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 08 de junio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ FERNANDO ESTRELLA BECERRA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS ante la omisión de la AFP Colmena hoy AFP PROTECCIÓN del deber profesional de información; se ordene su traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado; se ordene a la AFP PORVENIR la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y bonos pensionales con todos sus rendimientos, gastos de administración, debiendo asumir dicho fondo de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión; condenar a PORVENIR en caso de haber otorgado previamente la pensión que la siga pagando hasta que sea incluida en nómina de pensionados, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 5 a 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 13 de agosto de 1979; que como consecuencia de la publicidad y la gestión realizada por los fondos privados



decidió trasladarse del régimen pensional en el que se encontraba al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN a partir del 05 de mayo de 1995; que dicha AFP no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR; que solicitó la anulación de su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 1 a 5).

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, 17, 20, 21, 29, 30 y 31 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. (fls. 268 a 292).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 17, 18, 19, 24 y 25; manifestó que el 13, 26, 27, 28, 29 y 30 no eran un hecho y, dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fls. 320 a 349).

Finalmente, **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 2, 3, 15, 22, 23 y 30, manifestó no constarle el 1, 17, 18,



19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 31 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, y la innominada o genérica. (fls. 420 a 441).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere el actor José Fernando Estrella Becerra a Colmena hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus correspondientes rendimientos, incluidos gastos de administración y comisiones.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que hubiese recibido del actor. Conmínese a Colpensiones a que adelante las gestiones pertinentes para tal efecto.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: DECLARAR no probados las demás excepciones propuestas por las partes demandadas.



SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas AFP
PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria está en cabeza de la AFP privada; que no basta con la firma del formulario de afiliación; que no hay prueba de que el demandante haya dado su consentimiento informado. Que no es necesario que el actor sea beneficiario del régimen de transición o que se encuentre próximo a pensionarse. Que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que se aparta de la interpretación del Despacho porque el actor guardó silencio por más de 25 años hasta que presentó la reclamación administrativa, por lo que se evidencia un abandono de su situación pensional. Que es indiscutible conforme al interrogatorio de parte que el demandante efectuó su traslado de manera libre y voluntaria, pues nunca se sintió coaccionado para efectuarlo. Que se está afectando la sostenibilidad financiera del fondo al trasladarse encontrándose dentro de la prohibición legal. Que no se probó la existencia de un vicio del consentimiento. Que no estamos frente a un afiliado lego, el cual no carecía de la posibilidad de asesorarse. Que al 01 de abril de 1994 no era beneficiaria del régimen de transición, ni tenía una expectativa legítima de pensionarse bajo las reglas del régimen de prima media. Que se debe estudiar la carga dinámica de la prueba.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con la orden de devolver los gastos de administración y seguros previsionales, pues se le está castigando por la excelente labor que desempeñó y que con esto se desconocen las restituciones mutuas, pues se



trata de obligaciones ya acaecidas. Señala que los descuentos que se hacen por gastos de administración son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 y que el seguro es pactado con un tercero al cual se le paga mes a mes, por lo que no se pueden trasladar. Indica que esto le ocasiona un perjuicio a la entidad, por lo que se debía probar el daño ocasionado al demandante para que se pudiera declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien existe un precedente jurisprudencial no se debe aplicar de manera objetiva, pues se deben revisar las circunstancias de cada caso en concreto. Que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, pues en el RPMPD también se destina un porcentaje de la cotización a financiar los gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Que dichas sumas no forman parte integrante de la pensión de vez por lo que sí están sujetos al término prescriptivo. Que la superintendencia financiera dijo que lo que se debía devolver son las cotizaciones más los rendimientos y no los gastos de administración, ni los seguros previsionales. Que hay un enriquecimiento sin causa, pues no hay norma que ordene tal devolución.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor José Fernando Estrella Becerra, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN en el año 1995 (fl. 57) y posteriormente a la AFP PORVENIR en el año 1997 (fl. 74).

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 José Fernando Estrella Becerra, 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 AFP COLMENA hoy 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 COLMENA hoy Protección S.A., es el



formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 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 sólo le manifestaron que podía pensionarse en mejores condiciones y antes y que el ISS estaba quebrado o se iba a quebrar.

No siendo de recibo tampoco que Colpensiones alegue en su recurso y en sus alegatos 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.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso y lo alegado por PORVENIR en sus alegatos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:



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

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.

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 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. Siendo claro como lo ha reiterado la CSJ entre otras en la sentencia SL 2177-2022 que para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, ni tampoco exige que el demandante prueba cuál fue el daño ocasionado como lo pretende la AFP PROTECCION. 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 Porvenir S.A.



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.

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 Protección 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 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 Porvenir 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.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso y en sus alegatos, 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: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la



obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

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. 30-2018-00438-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JUDITH PAVA RAMÍREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.144.041.976 y tarjeta profesional No. 258.258 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.232.398.851 y tarjeta profesional No. 334.200 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 PORVENIR y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 02 de junio de 2021.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora JUDITH PAVA RAMÍREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE la nulidad del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS efectuada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 01 de noviembre de 1996, ante la omisión de éste fondo del deber de informar a la demandante con prudencia y pericia y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta. Como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante y a recibir los valores provenientes del RAIS, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias se declare la ineficacia del traslado de la demandante. (fls. 39 a 40).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 11 de agosto de 1986 a junio de 1996; que se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR el 01 de noviembre de 1996; que al momento del traslado no fue asesorada o informada por el fondo de



manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS; los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable. (fls. 37 a 39).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 14 y 15 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denomino prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 71 a 79).

Por su parte, **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2, 13 y 16, manifestó no constarle el 1, 14 y 15 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fls. 117 a 123).

Finalmente, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno de los hechos. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de



terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, traslados de aportes a Porvenir y la innominada o genérica. (fls. 167 a 176).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del acto de traslado de la señora JUDITH PAVA RAMÍREZ, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR, el 18 DE MAYO DE 1997 y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora JUDITH PAVA RAMÍREZ, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por JUDITH PAVA RAMÍREZ y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima al RAIS o cualquier otra causa.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de JUDITH PAVA RAMÍREZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSUELVE de lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.



SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C. P. L., en caso de no ser apelada.

OCTAVO: Costas de la instancia como se estableció en la parte motiva.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria estaba en cabeza de la AFP PORVENIR; que no bastaba con el formulario de afiliación; que no era necesario que el actor tuviera régimen de transición, una expectativa legítima o un derecho adquirido; que no se convalida el traslado por los traslados horizontales que realizó dentro del RAIS; que no se ha vulnerado el principio de sostenibilidad financiera.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que el deber de información ha tenido varias etapas; que no se puede exigir algo que no estaba vigente; que no era una afiliada lego pues era contadora, por lo que contaba con las herramientas para informarse; que no se probó que no se le hubiera brindado la información necesaria al momento del traslado; que solicitó el traslado cuando ya estaba inmersa en la prohibición legal; que ratificó su intención de trasladarse y de permanecer en el RAIS por los traslados horizontales.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que debemos remitirnos a lo que las normas traen por ineficacia en sentido estricto y en ninguna parte ni en la Ley 100, ni en las normas vigentes para esa época traen que la falta de información trae como consecuencia la ineficacia. Que nunca se establecieron elementos de Dolo. Que se le restó valor probatorio a los indicios y al interrogatorio de parte en donde confiesa que conocía el sistema general de pensiones precisamente por su función como contadora,



lo cual determina que no era una afiliada lego. Que se desconocen los actos de relacionamiento los cuales ratifican su decisión de permanecer en el RAIS. Que no se deben retrotraer las cosas a su estado original. Que no se dice nada de los rendimientos y que éstos no deben restituirse. Que no se tuvieron en cuenta las restituciones mutuas. Que los gastos de administración no se deben devolver porque son de tracto sucesivo y afectan derechos de terceros. Que se debe quedar con los frutos recibidos. Que nunca se probó que actuó de mala fe. Que la prescripción aplica frente a la devolución de los gastos de administración. Que con la absolución de costas a Colpensiones se desdibuja su finalidad y por tanto se le deben imponer también costas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Judith Pava Ramírez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir, en el año 1996 (fl.124) y posteriormente a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN en el año 1997 (fl. 177) y a HORIZONTES hoy PORVENIR en el año 2002. (fl. 124 reverso).

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Judith Pava Ramírez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba



que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, contrario a lo señalado por Colpensiones 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 a la actora.

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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, contrario a lo dicho por el apodeado de la AFP PORVENIR,



como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP Porvenir al momento del traslado fue la estructura del fondo privado y su capacidad financiera, por lo cual iba a tener un mejor monto pensional y que había a tener una cuenta de ahorro individual.

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

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

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

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

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era



obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él. Y el hecho de que por su profesión como contadora tuviera algún conocimiento sobre el RAIS no significa que con eso quede exonerada la AFP de brindar la información necesaria al momento del traslado.

Procede señalar que contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, los traslados horizontales que efectuara la actora 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 en la sentencias 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 a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa



toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir 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 RMPMD administrado por Colpensiones.**” (Negrilla fuera del texto original)*

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

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

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



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

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

Adicionalmente, es necesario señalar que la AFP PORVENIR no tiene legitimidad para interponer recurso de apelación frente a la absolución de COSTAS a COLPENSIONES como quiera que quien tiene derecho a ellas es la parte demandante, la cual no presentó ningún reparo frente a esta decisión.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-00250-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: LUZ AMPARO AGUDELO FLÓREZ
JAIME DE JESÚS GARCÍA TABARES
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegatos, fueron remitidas las de COLFONDOS y demandante.

ANTECEDENTES

Los señores LUZ AMPARO AGUDELO FLOREZ y JAIME DE JESÚS GARCÍA TABARES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el señor DANIEL GARCÍA AGUDELO (q.e.p.d.) cotizó el número de semanas suficientes para dejar causado el derecho a la pensión de sobreviviente; que los demandantes en calidad de



progenitores del causante cumplen con los requisitos de convivencia y dependencia económica para ser beneficiarios de la pensión de sobreviviente. Como consecuencia, solicitan se condene a COLFONDOS a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente desde el 17 de noviembre de 2017, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como pretensión subsidiaria solicitó se declare que la señora LUZ AMPARO AGUDELO FLOREZ en calidad de progenitora del causante cumple con los requisitos de convivencia y dependencia económica para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo. (fls. 4 a 5 archivo 001. 11001310500520190025000).

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que el señor DANIEL GARCÍA AGUDELO (q.e.p.d.) era cotizante activo del sistema general de seguridad social afiliado a COLFONDOS; que falleció el 17 de noviembre de 2017; que en vida convivía con sus señores padres LUZ AMPARO AGUDELO FLOREZ y JAIME DE JESÚS GARCÍA TABARES en una vivienda en la vereda cuchilla del salado del Municipio de Manizales (Caldas); que al momento de su fallecimiento el señor DANIEL GARCÍA AGUDELO había cotizado a su fondo de pensiones 305.29 semanas de manera ininterrumpida desde el mes de abril de 2011; que el hogar del causante estaba conformado por él y sus dos progenitores; que DANIEL era quien sufragaba los gastos del hogar pagaba las facturas de luz, agua, gas, internet, mercado, arreglos del hogar, pago mensual de transporte para asistir a las citas médicas, pago de corte de cabello para su progenitora, ayuda económica para compra de ropa y zapatos, así como ayuda de dinero en efectivo para los gastos diarios que se le presentaran a su progenitora en el desarrollo de sus funciones de ama del hogar; que el causante tenía un especial cariño por su progenitora y se encargaba de cubrir la totalidad de las necesidades personales de ésta, le compraba elementos de aseo personal, le daba dinero para adquirir productos cosméticos, le colaboraba para los gastos de peluquería, arreglo de uñas, le compraba zapatos y en general se encargaba de que su progenitora



mantuviera con algo del dinero para sufragar los pasajes para ir al médico, ir al centro y en general para trasladarse a la ciudad de Manizales; que la señora Luz Amparo no labora, pues se ha dedicado toda su vida a cuidar de su esposo e hijos y de las labores del hogar; que es de bajo nivel de escolaridad y no tiene ningún arte y se encuentra en avanzada edad, lo cual la imposibilita para acceder a un empleo formal. Indica que el señor Jaime de Jesús García no cuenta con un empleo estable y debido a su avanzada edad es muy difícil que lo reciben en algún empleo formal por que realizaba labores de agricultura en su vivienda y también en las fincas aledañas para colaborar con los gastos del hogar y los propios; que DANIEL tuvo afiliada a su progenitora afiliada como beneficiaria al sistema general de seguridad social en salud a la EPS SALUD TOTAL desde el 13 de septiembre de 2010; que al momento en que falleció no contaba con ninguna relación sentimental, unión marital o matrimonio con alguna mujer; que al momento del fallecimiento no contaba con hijos nacidos o procreados; que los progenitores de DANIEL no cotizaban al sistema general de seguridad social en pensiones; que los gastos funerarios y el entierro fueron sufragados por la progenitora del causante; que a la fecha del fallecimiento no existían beneficiarios con mejor derecho a sus progenitores; que el fallecimiento y ausencia de apoyo económico del causante ocasionó un cambio sustancial en las condiciones de subsistencia de los accionantes, quienes han visto disminuida su calidad de vida, no pudieron volver a salir a paseos, a realizar actividades recreativas y en general los gastos de su propia manutención; que la ausencia del causante ha afectado de manera severa a Luz Amparo quien no tiene recursos para acudir a citas médicas, ha dejado de verse con amigas por no contar con dinero para salir, los productos cosméticos y de aseo personal los debe comprar de menor calidad y en menor cantidad, dejó de salir a almorzar a lugares diferentes durante los fines de semana, rebajó la calidad de los productos alimenticios y en general le desmejoró la calidad de vida de una manera ostensible; que los progenitores dependían para su congrua subsistencia en un 100% de su hijo fallecido. (fls. 3 a 4 archivo 001. 11001310500520190025000).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el , 1º, negó el ., Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia d y 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, la innominada o genérica, enriquecimiento sin causa, pago y compensación y, prescripción. (fls. 97 a 112 archivo 001. 11001310500520190025000).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A., de todas las pretensiones invocadas por los señores LUZ AMPARO AGUDELO FLÓREZ y JAIME DE JESÚS GARCÍA TABARES.

TERCERO: Sin COSTAS para las partes.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltense con el superior a favor de los demandantes.” (fl. 161 archivo 002. 11001310500520190025000)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra acreditado que los demandantes son los progenitores del causante; que el fallecimiento ocurrió el 17 de noviembre de 2017, por lo que la normatividad de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003. Que Colfondos dice que se hizo una investigación, sin embargo, ésta no fue aportada. Que no se controvertió que tenía más de 50 semanas en los últimos 3 años, por lo que dejó causado el derecho. Que se puede hablar de dependencia económica cuando los ingresos de los padres no los convierta en autosuficientes. Que ni siquiera los demandantes tienen claro cuál era el monto que recibían de su hijo fallecido. Que Luz Amparo confesó que en vida de su hijo ya habían logrado construir un apartamento, el cual tenían arrendado. Que Don Jaime indicó que con el producido como administrador de la finca de su padre lograba sostener su hogar cuando estaba compuesto por 5 personas. Que el producto como administrador les brindó la posibilidad de construir su vivienda y aún en vida de Daniel construir un apartamento para tener una renta adicional. A la pregunta realizada a Don Jaime en la que se le cuestionó si como administrador una vez sus hijos mayores se



independizaron del hogar si podía sostener el hogar conformado por su esposa y su hijo Daniel (q.e.p.d.) respondió que sí. Que nota el Despacho que la precariedad económica que alegan los demandantes que tienen en la actualidad no fue por el fallecimiento de Daniel fue por el hecho de que los herederos de la Finca (Don Jaime y sus hermanos) vendieron la finca por lo que perdió el ingreso de la administración. Que la pérdida del trabajo de Don Jaime como administrador fue lo que menguó la economía familiar. Que lo que se demostró es que Daniel era un buen hijo, pues si vivía en la casa era claro que debía contribuir pagando servicios y que un buen hijo le procura a sus padres, les da regalos en fechas especiales, paga el acceso a internet. Que no se discute la condición de buen hijo, pero no se puede declarar que no fueron autosuficientes, pues devengan incluso más por el arriendo que por lo que les daba su hijo. Que no se prueba la dependencia económica de los demandantes frente a su hijo fallecido. Que el hecho de que la señora Luz Amparo fuera beneficiaria en salud de su hijo Daniel es indicio, pero sólo con ello no se prueba la dependencia económica. Que basta con escuchar a los demandantes en el interrogatorio de parte para saber que no había dependencia económica.

Ante la solicitud del apoderado de la parte demandante adicionó la sentencia para resolver la pretensión subsidiaria encaminada a que la pensión de sobreviviente se reconozca únicamente a la señora Luz Amparo indicando que lo que se vio es que Luz Amparo para la fecha del fallecimiento dependía económicamente de su esposo y que el Dinero que recibía de su hijo era dentro del contexto de buen hijo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que se evidencia que el Despacho en las consideraciones y en la evaluación del tema hizo ver como si los demandantes fueran una misma persona y en la realidad pudieron observar que son dos personas diferentes. Señala que Doña Amparo no sabía cuanto producía la Finca, ni tenía nada que ver con la Finca, que Don Jaime Jesús era quien sí sabía como producía la finca, pues era él quien administraba sus recursos. Aduce que el hecho de que Don Jaime recibiera



recursos por la finca no significa que esos recursos los maneje Luz Amparo, como lo quiere hacer ver el Despacho. Que la señora Luz Amparo nunca ha manejado dinero ni ha tenido solvencia para sufragar sus propios gastos. Que como quedó demostrado en el plenario Daniel (hijo fallecido) le tuvo un especial cariño a su mamá y se encargaba de sufragar todos sus gastos desde que empezó a trabajar. Que el hecho de que el señor Jaime tuviera con que sostener un hogar en una época no significa que con esto la señora Luz Amparo tuviera un máximo de bienestar para su vida, significa simplemente que ella podía tener un techo y comida. Que según la tesis que acoge el Despacho tener internet, salir a comer los fines de semana, pagar los pasajes para ir a los cultos, eso no significa “algo mejor en la vida”, entonces según el Despacho para uno depender de una persona tiene que ser que le den un smoking y le paguen comidas a un restaurante elegante y esa situación no aplica acá porque nos encontramos frente a personas del campo. Según dice el apoderado con su decisión el Juez le está quitando la posibilidad a Luz Amparo y a Jaime de seguir asistiendo a los cultos, de seguir pagando el almuerzo, de seguir estrenando, porque en ningún momento se dijo que con el valor de lo que se recibía en la finca era que Jaime y Luz Amparo estrenaban vestuario. Y que se dijo que era Daniel el que les brindaba a sus padres de manera constante el valor de los vestuarios. Que cuando Don Jaime decía que una persona permanecía o trabajaba en la finca era él mismo, no era que mantuviera un trabajador. Que el hecho de contratar un trabajador no significa que Don Jaime le haya pagado prestaciones sociales o lo tenga contratado de buena manera en la finca, pues sabemos que un día de trabajo se paga aproximadamente en \$20.000. Que de los \$150.000 que se manifestó de manera diferente por Luz Amparo y por Jaime, es porque los dos son diferentes. Que el señor Jaime era agricultor y por eso el causante le daba más a la mamá. Que la señora Luz Amparo no ha vuelto a reuniones en el culto, ni ha podido volver a comer y que su visto se ha visto desmejorado. Que el aporte que le daba su hijo era de \$150.000 quincenales y el aporte al padre era menor. Que el que era fijo era el de la mamá. Que quedó demostrado que existe una dependencia parcial. Que la dependencia es más de la madre pero que el Despacho considero que eran iguales. Que el hecho de que hayan construido un apartamento para sufragar algunos gastos personales, resulta irrisorio para el presente asunto porque el arrendamiento es como de



\$200.000 o \$250.000 y se aplica para pagar deudas. Además, que con \$200.000 a uno no le alcanza para asistir al culto y almorzar tres veces por semana y pagar pasajes. Que si eso no es bienestar para una persona religiosa entonces que es. Que como se pudo observar el señor Jaime no construyó de una la casa con lo que le brindaba la finca, la construyó a través de 28 años. Que si hubiera sido mucho dinero como lo quiere hacer ver el Despacho entonces porque no la terminó toda de una y sólo la pudo terminar con el seguro que les dieron por el fallecimiento de Daniel. Que cuando Jaime dijo que respondía por sus 5 hijos, nos debemos poner dentro de un contexto de un señor campesino, que él respondía de manera mínima y que no se ahondo sobre el tipo de sostenimiento que brindaba a su hogar. Que después de que Daniel le aportaba dinero a su progenitora ya podían salir a comer y comprar vestuario. Que la venta de la finca no fue voluntad de Jaime. Indica que el Despacho tiene una filosofía romántica en donde el esposo le da la mitad del sueldo a su esposa. Que se probó que Daniel le brindaba cosas a su progenitora como invitarla a comer, como darle vestuario o para los paseos de la congregación. Que nunca quedó demostrado que eso se lo daba don Jaime. Que el dinero de Daniel le daba libertad y no hacía que estuviera sometida a un hombre y señala que pasaría si se pelean. Que su dependencia era absoluta con su hijo. Que quedó demostrado que Daniel les ayudaba lo cual creó una dependencia parcial, pues si bien ellos tenían con que subsistir, tenían como seres humanos derecho a realizar las actividades que les gustan como ir al culto.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandante, la sala determinará en **apelación** si hay lugar a condenar a Colfondos al reconocimiento y pago de la prestación pensional reclamada.

No fue objeto de reproche la fecha de defunción del señor Daniel García Agudelo (q.e.p.d.), que como quedó determinado en instancia, corresponde al 17 de noviembre de 2017 (fl. 16 archivo 001. 11001310500520190025000), como tampoco que los señores Luz Amparo Agudelo Flórez y Jaime de Jesús García Tabares, ostentaron la calidad de



progenitores del causante, lo cual se prueba en el plenario, con el registro civil de nacimiento del causante (fl. 14 archivo 001. 11001310500520190025000). Ni mucho menos que el señor Daniel García Agudelo dejó causado el derecho para sus beneficiarios al haber cotizado más de 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, conforme se desprende de la historia laboral expedida por COLFONDOS (fls. 80 a 81 archivo 001. 11001310500520190025000).

Ahora, como es bien sabido, y tal como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2057-2022, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, que para el caso bajo estudio corresponde a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

El artículo 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, establece como beneficiarios de la pensión de sobreviviente a los padres del causante si dependían económicamente de él, señala la norma en cita:

“ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo [13](#) de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE por la sentencia C-111 de 2006>
A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este...”

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es como lo ha dicho la CSJ entre otras en la sentencia SL 2117-2022 menguar las consecuencias económicas que se generan en el núcleo familiar por la intempestiva muerte de uno de sus miembros, afiliado o pensionado al Sistema General de



Pensiones, que contribuye de manera sustancial al mantenimiento de dicho grupo familiar.

Conforme lo anterior, procede la Sala a verificar si los demandantes acreditaron dicha dependencia respecto de su hijo fallecido, como lo sostiene el apoderado de la parte demandante.

Respecto de la dependencia económica es necesario precisar que el aparte de la Ley 797 del 2003 el cual exigía que la dependencia de los padres fuera total y absoluta fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C 111 del 2006 señalando que con dicha disposición se desconocían los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y a la dignidad humana, señalando la Corte:

*“(…) pues si la finalidad de la pensión de sobrevivientes es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado, y por ende, **evitar que el deceso implique un cambio sustancial en las condiciones mínimas de subsistencia de los beneficiarios, ello no descarta la posibilidad de que los padres puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo, de una actividad privada o de una pensión autónoma** (v.gr. pensión de vejez o de invalidez), siempre y cuando éstas no los conviertan en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación material que da fundamento a la citada prestación.” (negrilla fuera de texto)*

De otra parte, ha dicho la CSJ entre otras en la sentencia SL 2117-2022, que la dependencia de los padres frente al hijo fallecido no debe ser total y absoluta, pues la dependencia económica que es exigida a los padres para acreditar la condición de beneficiarios de la pensión de sobreviviente, no implica que los mismos se encuentren en estado de mendicidad, con lo cual pueden contar con recursos propios u otras fuentes de recursos, siempre y cuando éstos recursos no les permitan una autosuficiencia.

Aclarando la Corte que no puede entenderse que lo anterior habilitó que cualquier ayuda por parte de un hijo se convierte en dependencia económica, por lo que deben aplicarse criterios que permiten distinguir entre la simple ayuda o colaboración propia de la solidaridad familiar, de la



dependencia real dirigida a que los ingresos que el hijo procuraba a sus progenitores eran de tal entidad que sin ellos tendrían un cambio sustancial en las condiciones de su subsistencia.

Señalando la Corte los parámetros que deben seguirse a efectos determinar la existencia de dependencia económica de un afiliado o pensionado fallecido. Así lo dijo la Corte:

“Como consecuencia de ello, resulta pertinente efectuar la calificación de la dependencia para lo cual, esta Sala ya ha establecido los parámetros que deben seguirse a efectos de determinar la existencia de dependencia económica de un afiliado o pensionado fallecido, partiendo de la premisa de que, si bien, la dependencia no debe ser total y absoluta, la entrega de recursos a los familiares no puede ser tenida «como prueba determinante» de la dependencia, CSJ SL14539-2016 y CSJ SL1921-2019. Esto implica que la colaboración económica por parte de un hijo a sus padres no consagra una presunción de dependencia de los padres y, por lo tanto, debe verificarse la magnitud de dicho aporte.

Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en las sentencias anotadas que reprodujeron la línea de pensamiento fijada en 2014, por esta Sala en la sentencia CSJ SL14923-2014, y que se recuerdan:

a) *La dependencia económica debe ser:*

Cierta y no presunta:

se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres.

Regular y periódica:

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario.



Significativa, respecto al total de ingresos de beneficiarios:

se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.

Y, en decisión CSJ SL18980-2017, se reiteró que las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de los beneficiarios, de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de este; por lo que tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia. En similar sentido pueden consultarse las sentencias CSJ SL529-2020 y CSJ SL704-2021.

En consecuencia, los padres deberán, mediante los medios de convicción, acreditar, además, de i) su imposibilidad de autosuficiencia en la generación de fuentes de ingresos, ii) la sujeción material a los ingresos del hijo fallecido al momento del óbito del mismo.

Así, al momento de estudiarse por parte de las entidades de seguridad social y, el mismo juez, se deberá adelantar la calificación de la dependencia bajo el estudio de los parámetros fijados por esta Corte a efectos de determinar la existencia o no de la misma.

Recordando la CSJ en la sentencia SL 4018-2021 en la que reitera lo dicho en las sentencias SL3628-2015 y SL 9196-2017 que, «[...] **lo que interesa para efectos de dispensar el derecho a la pensión de sobrevivientes es la situación existente al momento de la muerte del afiliado o pensionado**, y que «[...] no es admisible especular sobre la forma cómo lograron sobrevivir sin el aporte de su fallecido hijo, en la medida en que **lo trascendente es la situación económica de los padres para la época del fallecimiento**» (negritas fuera de texto).



Señaló además la CSJ en la sentencia SL 2487-2021 que no es necesario acreditar el monto exacto de lo aportado por el causante, pues este requisito no está previsto en la Ley.

Al descender al caso bajo estudio, lo primero que debe dejar sentado la Sala es que si bien no se requiere como ya se dijo que la dependencia de los padres frente al hijo fallecido sea absoluta, en este caso ni siquiera la parte demandante es clara al señalar si la dependencia del hijo fallecido frente a sus progenitores era total y absoluta o parcial, siendo el mismo apoderado quien se contradice, pues en los hechos de la demanda refiere que el causante era quien sufraga los gastos del hogar que tenía conformado con sus progenitores y, al interponer el recurso de apelación señala en una parte que la dependencia de los progenitores frente a su hijo fallecido era absoluta y, en otra parte de su recurso indica que se demostró que existe una dependencia parcial señalando que los demandantes tenían con que subsistir, luego ni siquiera el apoderado tiene claro si la dependencia que alega era absoluta o parcial.

También se debe aclarar que el *A quo* en ningún momento entendió que la señora Luz Amparo Agudelo Flórez y el señor Jaime de Jesús García Tabares progenitores del causante fueran una misma persona, por el contrario, fue claro al señalar que no encontraba probada la dependencia económica frente al hijo fallecido, pues encontró probado que quien sostenía el hogar conformado por los progenitores y su hijo fallecido era el padre Jaime de Jesús García Tabares con lo que devengaba como administrador de la finca que le había dejado el padre al señor Jaime y sus hermanos y que las ayudas brindadas por el hijo fallecido eran ayudas que todo buen hijo hace a sus padres, sin que esto signifique que los progenitores dependían económicamente de su hijo fallecido.

En cuanto a la dependencia económica que solicitan se predique del señor **Jaime de Jesús García Tabares** frente a su hijo fallecido, lo primero que se debe decir, es que es el mismo apoderado de la parte demandante quien en su recurso señala que el aporte que daba Daniel García a su padre no era fijo; que el aporte según él que era fijo era el que le otorgaba a su progenitora,



por lo que es claro que acertó el fallador de primera instancia cuando señaló que el señor Jaime de Jesús no dependía de su hijo fallecido, pues como ya se explicó la Corte fue clara al señalar que cualquier auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario no constituye dependencia económica.

Y es que fue el mismo demandante Jaime de Jesús quien al absolver el interrogatorio de parte señaló que para el momento en que falleció Daniel, que es lo que debe revisarse, el actor administraba la Finca de su padre; que la administró desde que tenía 11 años; que con el dinero que le generaba administrar la finca le alcanzaba para el sustento de su hogar conformado inicialmente por los demandantes y sus 3 hijos y que posteriormente le alcanzaba para el sostenimiento de su hogar el cual conformó con su esposa y su hijo Daniel; que además de ese dinero velaba por el sustento de sus padres y compraba los elementos necesarios para el sostenimiento de la finca; que el pagaba el estudio de sus hijos, la alimentación y los servicios de todo el hogar; que la casa donde viven es propia. Señala que después no le alcanzaba para sostener sólo el hogar porque la finca se vendió, pero hay que tener claro que ésta se vendió con posterioridad al fallecimiento de Daniel, luego cuando éste estaba vivo, era su padre quien con lo que recibía de la administración de la finca sostenía el hogar que conformaba con su esposa y su hijo Daniel.

También señala que cuando Daniel comenzó a laborar decidió pagar los servicios. Incluso contrario a lo que dice el apoderado en su recurso que cuando el señor Jaime se refiere a que tenía un trabajador en la finca se refería a él mismo e independientemente si el señor Jaime paga correctamente o no a sus trabajadores su salario y todas las acreencias a las que tienen derecho por ley, el actor en su interrogatorio es claro al señalar que con el producido que le daba la administración de la finca pagaba jornales a sus trabajadores, luego si tenía a cargo trabajadores y dijo que alcanzó a tener máximo 3. Finalmente, señala el actor en su interrogatorio que su hijo Daniel le daba \$150.000 mensuales, que eran \$80.000 quincenales para el sostenimiento de la casa y las necesidades de la casa, lo cual como dice el Juez es el mismo demandante quien afirma que



con lo que devengaba por la administración de la finca le alcanzaba para el sostenimiento del hogar, siendo claro que la ayuda brindada por su hijo fallecido era por los mismos gastos que el generaba en su hogar y no porque su padre dependiera económicamente de él.

Por tanto, acertó el *A quo* al señalar que no se lograba probar la dependencia económica del señor Jaime de Jesús frente a su hijo fallecido.

Ahora en cuanto a la dependencia económica de la señora **Luz Amparo Agudelo** frente a su hijo fallecido, es necesario precisar como ya se dijo que el señor Jaime de Jesús confesó que era él quien sostenía el hogar que conformaba con su esposa y su hijo Daniel, siendo claro como lo dijo el *A quo* que la señora Amparo para la fecha en que Daniel falleció no dependía de su hijo, sino de su esposo. Y es que ninguno de los argumentos dados por el apoderado de la parte demandante permiten llegar a otra conclusión, ni siquiera se evidencia que manifieste concretamente que pruebas valoró erróneamente el fallador de primera instancia.

Y es que el fallador de primera instancia en ningún momento desconoce que la señora Luz Amparo nunca ha manejado dinero, ni tampoco que no tiene una solvencia económica, pues no se discute que siempre ha sido ama de casa, por lo que es claro que no tiene como sufragar sus gastos; sin embargo encontró que para la fecha en que su hijo Daniel falleció, dependía económicamente de su esposo y no de su hijo fallecido. Ahora dice el apoderado que Daniel le tenía un especial cariño a su mamá y nadie lo discute, pero esto no significa que ella dependiera económicamente de él.

Tampoco es cierto como lo dice el apoderado en su recurso donde asegura que Daniel se encargaba de sufragar todos los gastos de su progenitora, pues como lo dice la misma señora Luz Amparo al absolver el interrogatorio de parte, ella recibía el dinero de un arriendo \$200.000 para la fecha en que Daniel vivía; la casa en la que viven es propia y la compraron porque el esposo manejaba la finca; que su esposo mientras estuvo vivo Daniel siempre administró la finca y que Daniel le pasaba \$150.000 quincenales para mercado y facturas, lo cual se corrobora con el testimonio del señor



Oscar Salazar Giraldo quien manifestó que el causante aportaba en su casa para la comida y las facturas, luego no es cierto como lo dice el apoderado que sufragara todos sus gastos, simplemente que Daniel al ser un miembro más del hogar y estar trabajando contribuía con los gastos del hogar; pero la dependencia de la señora Luz Amparo era con su esposo, tal y como lo dijo el *A quo*, pues nótese que la demandante acepta que con lo que producía la finca su esposo asumía los gastos de su hogar y además le llevaba mercado y le pagaba la salud a sus suegros; que lo que producía la finca les daba para ellos y para sus suegros y que con el dinero que le quedaba fue construyendo su casa y arreglando la finca.

Es necesario precisar que si bien el testigo Germán Darío Rodríguez Osorio manifiesta que los demandantes dependían 100% de su hijo fallecido y que el causante les colaboraba a los dos mensualmente con \$120.000 o \$150.000, lo cierto es que dice que tiene conocimiento por lo que Daniel le contaba, convirtiéndolo en un testigo de oídas y no en un conocedor directo de los hechos, por lo que su dicho no genera credibilidad a la Sala.

Ahora, los testigos como Blanca Lilia Cardona Duque y Jorge García dan fe de que Daniel le daba a sus padres vestuario en fechas especiales, dinero para facturas y mercado, platica para el fin de semana, y que iban a comer en familia el fin de semana; sin embargo, tal y como lo ha señalado la Corte los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario no generan dependencia económica.

Por tanto, no es que el fallador de primera instancia le este quitando algo a los demandantes, es que no probaron que dependían económicamente de su hijo fallecido, y por tanto, no tienen derecho a que se les reconozca la pensión de sobreviviente deprecada, pues como lo dice el *A quo* la situación de los demandantes ha desmejorado, pero no por el fallecimiento de su hijo, sino porque el ingreso económico que tenían cuando éste vivía y del cual derivaban su sustento como era el dinero que recibía Jaime de Jesús por administrar la finca ya no lo están percibiendo.



En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

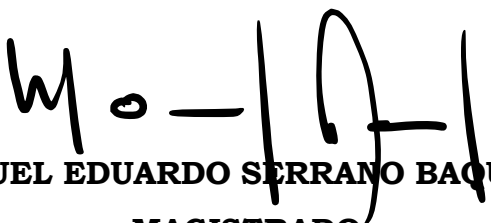
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07 2019 102 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: RICARDO DE LA ESPRIELLA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Amanda Lucía Zamudio, 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 D.C., a los Treinta y un (31) días del mes de agosto 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, revisa la Corporación la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de Colpensiones, Porvenir y Protección S.A.

ANTECEDENTES

El señor RICARDO DE LA ESPRIELLA, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de

la afiliación que efectuara al RAIS promovida el 10 de abril de 2003 proveniente del ISS a la AFP Santander hoy Protección S.A.; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a dicha AFP así como a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero depositado en su CAI, junto con rendimientos financieros y bonos pensionales de haber lugar a ello, se ordene a Colpensiones realizar todas las actividades tendientes a anular el traslado antedicho y a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 19 de octubre de 1962, afiliándose al ISS el 14 de octubre de 1988, que el 10 de abril de 2003, se trasladó al RAIS, mediante afiliación suscrita con la AFP Santander hoy Protección S.A., posteriormente, se afilió a Porvenir S.A., señalando que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de dichas AFP, que previo a su traslado al RAIS, había cotizado en el RPM 551,86 semanas; que ha cotizado al sistema un total de 1332 semanas, que en su traslado de Protección a Porvenir, no mediaron los 3 años de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no se le informó antes del cumplimiento de los 52 años, respecto de la imposibilidad legal de retornar al RPM cuando arribara a dicha edad. Indica por último que solicitó a las demandadas la anulación de su traslado en el año 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 7 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, 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 costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte, PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los No. 4 y 12, negó los No. 5, 6 y

11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

Por último Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los No. 1, 3, 4 y 13, negó los No. 5 y 6 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de capital acumulado en la CIA del demandante en Protección, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor RICARDO ANDRÉS DE LA ESPRIELLA con la AFP SANTANDER HOY PROTECCIÓN SA el 10 de abril de 2003 contenida en el formulario No. 6197784 y la realizada con AFP Porvenir el 25 de agosto de 2004.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor RICARDO DE LA ESPRIELLA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A. deben incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: Se condena en costas a Porvenir y Protección S.A. y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso, le correspondía a la AFP del RAIS, brindar al momento de la afiliación una información clara, cierta y comprensible en cuanto a los efectos del traslado para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, obligación que estaba en su cabeza desde la creación de dichos fondos y ante la omisión de dicho deber, el traslado de régimen no se podía predicar como libre; ya que el deber a que se hace alusión conforme los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tenía varias etapas en el tiempo, la primera, el deber de información consagrado en el Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993, naciendo la asesoría del buen consejo en el año 2009 y para el 2014 y 2015 el de doble asesoría.

Que frente al demandante, a la fecha de su afiliación a la AFP Santander en el año 2003, data para la cual, se encontraban vigentes la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1994, le correspondía a esta haberle señalado las condiciones de acceso, ventajas, desventajas del traslado de régimen y consecuencias del mismo, que el demandante no era beneficiario del régimen de transición a la fecha de su traslado, no obstante ello dicho deber se debía proporcionar a todos afiliados independientemente de dichas circunstancias y como quiera que la afirmación de no haber recibido la información al momento de su traslado de régimen, correspondía a una negación indefinida cuya prueba de lo contrario, le correspondía a la administradora pensional conforme los preceptos del artículo 167 del CGP y 1604 del CC, debiendo aportar prueba de ello dentro del trámite procesal.

Conforme lo anterior, habían quedado probados los traslados del actor al RAIS, primero a través de Santander hoy Protección y posteriormente con Porvenir S.A., que este había señalado al momento de absolver interrogatorio de parte que era psiquiatra de profesión, docente que para promover su traslado le había señalado que el ISS se iba a acabar, que les hicieron una reunión en el lugar donde laboraban, no le habían dado mayor información respecto de su traslado en ninguno de los dos fondos del RAIS a los que se afilió y con Porvenir había hecho una afiliación a un fondo de pensiones voluntarias, que utilizaría para compra de vivienda, que de dicho interrogatorio no se desprendía una confesión respecto al recibimiento de la información referente a su traslado, que Porvenir había indicado que se había realizado al actor una reasesoría pensional, de la

que no obraba prueba, lo propio ocurría respecto de la descapitalización alegada por Colpensiones, no obrando ningún medio de convicción respecto al suministro al actor por parte de las AFP demandadas de la información en los términos antes señalados, ni se acreditaba la idoneidad de los asesores de las AFP convocadas.

Sobre el formulario de vinculación, indicó que no era admisible afirmar que con la firma se plasmó o convalidó su voluntad de mantenerse en el RAIS, ya que de este no se derivaba el cumplimiento del deber de información, ni tal omisión se saneaba por la permanencia del actor en el RAIS, como tampoco por el traslado horizontal que efectuó el actor a Porvenir S.A., ya que respecto de esta tampoco se demostraba el deber de información al actor.

De dicho análisis probatorio, se imponía la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, ya que no se podía tener por suplido el requisito de información con la simple firma, cuando del contenido del documento no se desprendía cuál fue la información que se le brindó al actor, debiéndose disponer conforme los efectos de la ineficacia el traslado de aportes con destino al RPM, junto con rendimientos, gastos de administración y comisiones, estos últimos con cargo a sus propios recursos y cualquier otro emolumento que se hubiera descontado de los aportes del afiliado y Colpensiones debía recibir los mismos, que tales emolumentos, ostentaban el carácter de imprescriptibles, así como la acción bajo estudio por envolver derechos pensionales que tenían tal carácter.

Indicó por último que no procedía condenar a Colpensiones en costas al no haber intervenido en el acto de afiliación cuya ineficacia se declaraba.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 indicaba que la selección de una cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado quién para tal efecto debe manifestar por escrito a su elección al momento de la vinculación o traslado, que el demandante firmó formulario de afiliación con la AFP Protección el 10 de abril del año 2003 y de acuerdo a lo manifestado por este en interrogatorio de parte

realizó su traslado de manera libre voluntaria y sin presiones, por lo que goza de plena validez, que el artículo 1750 del CC contempla como plazo para pedir la rescisión del contrato un término de 4 años los cuales se cuentan a partir de la suscripción del formulario y teniendo en cuenta que el mismo realizó en el año 2003, el actor tenía hasta el 2007 para hacer uso de dicho retracto, que atendiendo a la fecha de nacimiento del actor y la de reclamación presentada ante dicha entidad para la nulidad de su traslado el 31 de julio de 2018, se encontraba inmerso para dicha data en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, ya que al momento de presentar la reclamación administrativa contaba con 56 años de edad; que se debía tener en cuenta por que hay ciertos comportamientos que demuestran el interés de un afiliado de permanecer a uno u otro régimen pensional y en sentencia SL 413 de 2018 la CSJ había indicado que lo importante es que exista una correspondencia entre la voluntad y la acción, es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado de modo que no quede duda del deseo del trabajador de permanecer en un régimen pensional, circunstancias que se daban para el caso del actor ya que este realizó su traslado hace más de 15 años, presentó un traslado horizontal con la AFP Porvenir en agosto del año 2004 por lo que con las múltiples escalas horizontales que presentó dentro del RAIS realizó comportamientos propios de actos de relacionamiento por lo que es claro que desea continuar en el régimen al que pertenece y conoce el funcionamiento del mismo, pues se encuentra en disposición de recibir asesoría y servicios y aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al RPM, no lo hizo.

Indicó que se debía tener en cuenta lo manifestado por el actor en interrogatorio aparte, cuando indica que se trasladó de Protección a Porvenir por cuanto se habían presentado dificultades con sus aportes por parte de la Protección, que el actor no realizó actos de investigación respecto a ese tema ni sobre cuáles eran los pro y los contra que podía tener su decisión, sino que optó nuevamente por suscribir otro formulario en el mismo régimen, a pesar de tener la opción de retornar al RPM quedando plenamente acreditados dentro del proceso y que no fueron discutidos los actos de relacionamiento que realizara el actor, con sus traslados entre administradoras de pensiones dentro del RAIS, ya que no contempló para la data en que se trasladó a Porvenir, retornar al RPM, no observó sus deberes como afiliado, al no demostrar interés alguno en investigar más a fondo respecto a los beneficios y contras que podría ofrecer cada uno de

los regímenes pensionales sino únicamente fue hasta el año 2018 ya cercano a pensionarse que empezó a indagar las condiciones que obtendría en los regímenes pensionales.

Resaltó que el hecho de que la asesoría brindada al actor, no conste por escrito eso no le quita tal connotación, aunado a ello, el actor manifiesta únicamente lo que medianamente recuerda del acto de traslado y por el tiempo transcurrido mucha de la información que se le pudo haber brindado por los asesores de las AFP pasa por inadvertido igualmente y es claro que el inconformismo del actor radica en el monto de pensión y el mismo se obtiene una vez adquieren los requisitos para el efecto, no siendo dable exigirle al fondo una proyección cuando le faltaban más de 15 años para pensionarse y este no puede ser el único factor determinante para realizar su traslado, cuando ni él mismo tiene claridad acerca de cuánto sería su monto pensional en ambos regímenes, que no se había tenido en cuenta las diferentes etapas que ha tenido el deber de información y se debía estudiar cada caso en concreto, bajo los parámetros de la normativa vigente al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación con Protección ya que no resultaba jurídicamente razonable imponer a las administradoras obligaciones o que en su momento no estaban previstas en el ordenamiento jurídico y el deber de asesoría había surgido en el año 2014 y entre el año 1994 y el año 2000 no se exigía algo diferente a la afiliación más que se mostrara el interés de permanecer en el fondo privado.

Señaló por último que los procesos de nulidad o ineficacia del traslado están generando una labor bastante compleja para esa entidad ya que está asumiendo la defensa de una relación de la que no hizo parte ya que no participó en la suscripción del formulario al momento de la afiliación del demandante con el fondo privado y en lo que respecta a la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del CGP en el que indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que en ellas persigue y el que indica que por regla general corresponde a cada una de las partes probar el supuesto de hecho y atendiendo así situaciones particulares del caso cuando podrá invertir la carga de la prueba a que la parte que resulte más favorable en el caso de la nulidad o ineficacia el traslado de régimen pensional se invierte la carga probatoria a los fondos privados en este caso no se está exigiendo al demandante aportar pruebas que demuestren la exigencia de la falta

de asesoría o de un vicio del consentimiento, existiendo un esfuerzo procesal mínimo por parte de los demandantes a quienes no siempre se les puede considerar como la parte débil o indefensa dentro de un proceso, ya que los afiliados tienen un deber de asesorarse y unas obligaciones legales que están contempladas en la en el decreto 2241 del 2010, por lo cual el silencio en el transcurso del tiempo se puede entender como el interés de permanecer en el fondo privado por parte del actor y resultaba desproporcionado colocar la carga de la prueba en las AFP ya que en los casos en que sea declarado la nulidad del traslado, la más afectada es Colpensiones y la sostenibilidad del sistema pensional máxime cuando la afiliación se dio en el año de la del año 2003 es decir que han transcurrido más de 15 años configurando imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado para la fecha en la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma; frente a lo cual la Corte Constitucional le ha prestado al tema de la sostenibilidad financiera atención pues las decisiones con los despachos judiciales de declarar la nulidad en este caso la ineficacia está quebrantando dicho principio y genera una situación bastante caótica en la planeación del pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al pago de otras pensiones de personas que se encontraban afiliadas.

Porvenir S.A., recurrió señalando que el traslado del actor a esa AFP, se produjo con posterioridad al que realizara a Protección S.A., y no se podía desconocer que la razón genuina para pedir la ineficacia del traslado, era el monto de la posible mesada pensional cuando en el proceso no se había podido siquiera establecer de manera aproximada dicho monto y la diferencia del mismo en los 2 regímenes y de igual forma, en los dos ese monto se definía al momento de causarse la pensión, esto es, una vez cumplidos los requisitos y no el momento de la vinculación en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante toda la vida laboral de las personas, de manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es sólo un presupuesto basado en variables futuras e inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del acto jurídico del traslado que para este caso ocurrió en el año 2004 porque no era un requisito exigido por la Ley, ya que la decisión que tomó el actor de afiliarse a esa AFP, fue voluntaria, libre e informada, el funcionario que lo atendió le suministró la información básica necesaria para que hoy el demandante tomara

su decisión y adicionalmente en la época del traslado del actor poder establecer con certeza si su mesada pensional sería inferior al de prima medida y como se había podido establecer, él realizó aportes voluntarios quedando probado que el 28/04/2015 es decir 10 años cuatro meses después de haberse vinculado al RAIS, él asumió la vinculación a través de pensiones voluntarias.

Solicitó que se diera valor probatorio a la comunicación enviada al correo electrónico al correo electrónico del actor y en la que se evidencia que esa AFP antes de que el actor cumpliera los 52 años, se le deja claro que puede retornar al RPM antes de quedar inmerso en la prohibición de traslado y se le invita a una asesoría pensional para tomar una decisión sobre su futuro pensional y se le dan los teléfonos de contacto para solicitar dicha asesoría; quedando en evidencia que existen factores fundamentales notoriamente distintos en los dos regímenes, ya que las pensiones voluntarias no eran propias del RPM, que al actor se le han brindado durante su permanencia en el RAIS todos los mecanismos de información, recibió extractos, tuvo la libertad de poder hacer preguntas ante las dudas que pudiera haber tenido el momento del traslado.

En cuanto a los gastos de administración indicó que estaban autorizados conforme lo previsto en el 20 de la ley 793 de 2003 establece que el 3% de la cotización se destinará a cubrir gastos de administración y ordenar la devolución de los mismos al RPM, resulta inequitativo porque son sumas causadas por su actividad administrativa respecto de los aportes del actor y la diligencia en el manejo de los mismos, que la consecuencia de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado inicial, esto es, el actor debe retornar al RPM junto con los aportes pero sin los gastos de administración, ya que a través de la gestión de la cuenta del actor, se logró la rentabilidad de los aportes y si hubiera permanecido en el RPM sus aportes no hubieran tenido rendimientos y por Ley dichos fondos deben garantizar una rentabilidad mínima de conformidad con el artículo 101 de la ley 100 de 1993, y se ha incrementado el capital pensional del actor cuando la administradora del RPM no realizó ninguna de estas gestiones, lo que constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la administradora del RPM, debiendo operar las restituciones mutuas frente a los gastos de administración.

Protección S.A., señaló en su recurso que artículo 20 de la Ley 100 de 1993, indica que en el RAIS y RPM el 3% de la cotización se destina a la comisión de administración y pago de seguro previsional este último se le paga mes a mes a una aseguradora para que en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia dicha entidad pague la suma necesaria para financiar las pensiones; no siendo procedente que se ordene la devolución de lo que se descontó por comisión de administración toda vez que fueron comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante el que se da por la buena gestión de administración de tales dinero y se encuentran autorizados por la Ley, no pudiendo tampoco ordenar devolver el valor del seguro previsional que fue destinado a un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en la suscripción del contrato y tal gestión no se puede desconocer menos cuando se trata de prestaciones acaecidas de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social toda vez que si se aplica la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa las prestaciones que uno y otro recibió, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta última la comisión de administración al afiliado, pues si esta nunca se debió haber descontado, tampoco debieron haber existido los rendimientos y ordenar devolver tales conceptos, constituye un enriquecimiento sin causa a favor del actor.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por el señor RICARDO DE LA ESPRIELLA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional que efectuara el 10 de abril de 2003, a través de formulario de afiliación suscrito con Santander Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., documental que fue allegada por esta AFP como se evidencia en expediente digital, quedando probado igualmente que realizó traslado horizontal dentro del RAIS en el año 2004 con destino a Porvenir S.A.

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 petitionado se debe abordar a través de la óptica de la ineficacia como

bien lo adujo el juzgador de primer grado; 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; oportunidades en 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; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo manifestado por Porvenir S.A. en sus alegaciones y por la recurrente Colpensiones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y 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 la hoy Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 2003, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico 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 contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso, no le bastaba a las demandada aducir que con la suscripción del mismo la afiliación fuera libre y voluntaria, ya que no se puede predicar tal efecto cuando no se conocían por parte del afiliado las consecuencias del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por las 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 la AFP Protección S.A., probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este. Lo anterior por cuanto el formulario suscrito por la demandante ante esta AFP no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues

únicamente cuenta con los datos personales del actor, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por Colpensiones, el hecho de que el demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no lo priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió; no siendo posible como pretende la entidad en mención aplicar la figura de la rescisión de que trata el código civil, ya que la afiliación al sistema pensional, se rige por normas de orden público y no le son aplicables las disposiciones del derecho civil.

De igual manera y si bien como lo indica la administradora pensional en mención en su recurso y alegaciones al igual que Porvenir S.A., el demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a él como afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

Respecto a los actos de relacionamiento a que aluden las recurrentes Porvenir y Colpensiones como sustento de 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 o efectuado aportes voluntarios, 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, razón por la cual, la reasesoría a que alude la recurrente Porvenir, tampoco sana la comprobada omisión a que se alude, ya que no tuvo la virtud de ser oportuna.

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM en su recurso y alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva 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, con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indican las AFP recurrentes también en sus alegaciones, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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

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

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 2003**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado dispuesta en la decisión de primer grado.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07 2020 319 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: BLANCA NIEVES RUIZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Oriana Espitia García, 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 D.C., a los Treinta y un (31) días del mes de agosto 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, revisa la Corporación la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de Colpensiones, Porvenir y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora BLANCA NIEVES RUIZ, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se la ineficacia de la vinculación al RAIS que realizara a través de Porvenir S.A., que esta debe ordenar su traslado al RPM, enviando el valor de los aportes pensionales y gastos administrativos por ella realizados a Colpensiones y que esta última debe recibir los mismos y aceptarla como afiliada en el RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que desde el inicio de su vida laboral se vinculó al RPM por intermedio del ISS, que posteriormente suscribió formulario de afiliación con Provenir S.A., que los asesores de esta, no tenían un amplio e idóneo conocimiento sobre temas de seguridad social, por lo que la indujeron de manera equivocada a trasladarse a esa AFP, para lo cual le señalaron que no perdería los beneficios pensionales del RPM, que no le indicaron los riesgos que le podría acarrear tal decisión, en aras de tomar una decisión objetiva, no se le suministro una información veraz y verificable respecto de dicho traslado, como tampoco se le puso de presente una proyección pensional comparativa que le permitiera determinar cuál de los regímenes le convenía más a su situación pensional, que el entonces ISS tampoco procuró brindar información cuando presentó solicitud de traslado al RAIS.

Afirma que desde hace 4 años ha estado gestionando ante Colpensiones y Porvenir S.A., el retorno al RPM, sin embargo, sus solicitudes han sido negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos manifestó no constarle los No. 1, 2, 15 y 16 y negó los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Por su parte, COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 35 y 36, negó el No. 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, 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 costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora BLANCA NIEVES SUÁREZ con la AFP PORVENIR SA el 20 de agosto de 1999 y el realizado con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 8 de mayo de 2007.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora BLANCA NIEVES SUÁREZ dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, PORVENIR S.A. deben incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y PORVENIR.

SEXTO: Se condena en costas a Porvenir y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso, le correspondía a la AFP del RAIS, brindar al momento de la afiliación una información clara, cierta y comprensible en cuanto a los efectos del traslado para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, obligación que estaba en su cabeza desde la creación de dichos fondos y ante la omisión de dicho deber, el traslado de régimen no se podía predicar como libre; ya que

el deber a que se hace alusión conforme los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tenía varias etapas en el tiempo, la primera, el deber de información consagrado en el Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993, naciendo la asesoría del buen consejo en el año 2009 y para el 2014 y 2015 el de doble asesoría.

Que frente a la demandante, a la fecha de su afiliación a la AFP Porvenir en el año 1999, se encontraban vigentes la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1994, le correspondía a esta haberle señalado las condiciones de acceso, ventajas, desventajas del traslado de régimen y consecuencias del mismo, que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición a la fecha de su traslado, no obstante ello dicho deber se debía proporcionar a todos afiliados independientemente de dichas circunstancias y como quiera que la afirmación de no haber recibido la información al momento de su traslado de régimen, correspondía a una negación indefinida cuya prueba de lo contrario, le correspondía a la administradora pensional conforme los preceptos del artículo 167 del CGP y 1604 del CC, debiendo aportar prueba de ello dentro del trámite procesal.

Conforme lo anterior, había quedado probado el traslado de la actora del RPM al RAIS, el 1 de octubre de 1999 primero a través de Porvenir S.A., luego de la AFP Horizonte que posteriormente fuera absorbido por Porvenir S.A., que la actora había señalado al momento de absolver interrogatorio de parte que era bacterióloga de profesión, que para el año de 1999, la hicieron pasar a Porvenir bajo el argumento de que el ISS se iba a acabar, se pensionaría a menor edad y con mejor cuantía, que no le hicieron proyección pensional alguna, ni le informaron sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de la prohibición legal; que de dicho interrogatorio no se desprendía una confesión respecto al recibimiento de la información referente a su traslado, no obrando ningún medio de convicción respecto al suministro a la actora por parte de las AFP convocada de la información en los términos antes señalados, ni se acreditaba la idoneidad de los asesores de la misma.

Sobre el formulario de vinculación, indicó que no era admisible afirmar que con la firma se plasmó o convalidó su voluntad de mantenerse en el RAIS, ya que de este no se derivaba el cumplimiento del deber de información, ni tal

omisión se saneaba por la permanencia de la actora en el RAIS, como tampoco por el traslado horizontal que efectuó a la AFP Horizonte, ya que respecto de esta tampoco se demostraba el deber de información a la actora.

De dicho análisis probatorio, se imponía la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, ya que no se podía tener por suplido el requisito de información con la simple firma, cuando del contenido del documento no se desprendía cuál fue la información que se le brindó a la actora, debiéndose disponer conforme los efectos de la ineficacia el traslado de aportes con destino al RPM, junto con rendimientos, gastos de administración y comisiones, estos últimos con cargo a sus propios recursos y cualquier otro emolumento que se hubiera descontado de los aportes de la afiliada y Colpensiones debía recibir los mismos, que tales emolumentos, ostentaban el carácter de imprescriptibles, así como la acción bajo estudio por envolver derechos pensionales que tenían tal carácter.

Indicó por último que no procedía condenar a Colpensiones en costas al no haber intervenido en el acto de afiliación cuya ineficacia se declaraba.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que era claro que no se había acreditado en el trámite procesal ningún tipo de engaño al que se haya sometido la demandante, contaba con plena capacidad para suscribir el formulario de afiliación ante Porvenir, no se demostró ningún tipo de coacción o engaño en el que se le haya hecho incurrir, ya que ella conocía someramente las características del RAIS, siendo claro por ello que no había lugar a la declaratoria de ineficacia ya que no podía retornar al RAIS Por razones de edad, ni cumplía los presupuesto para el efecto previstos en la sentencia SU 062 de 2010.

Que el retorno ordenado, afectaba la sostenibilidad financiera de esa entidad ya que la demandante había permanecido muchos años afiliada al RAIS y si bien se ordenaba la devolución de recursos, lo cierto era que quedaban en desventaja los aportantes del RPM que han permanecido en este.

Porvenir S.A., recurrió señalando que se declaraba la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y conforme las previsiones de dicha norma, en el proceso no había quedado probado que se hubiera atentado contra la libertad de afiliación de la actora, por el contrario, se le había brindado la información pertinente y la demandante escogió libremente pertenecer al RAIS, siendo que el formulario de afiliación era un documento válido, cuyo contenido no había sido tachado de falso y se suscribió con observancia de la Ley, siendo el único requisito para demostrar la información suministrada en el acto de traslado y la actora había permitido los descuentos realizados por Porvenir, no había manifestado inconformidad alguna y teniendo la oportunidad de regresar al RPM no lo había hecho, en cuanto a las proyecciones pensionales, no era obligación de esa AFP realizarlas al momento del traslado ya que esta dependía de muchos factores.

Que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, la que se encontraba vigente y propendía por la estabilidad financiera del sistema y en cuanto a los gastos de administración, estos eran descuentos permitidos por la Ley, que también se cobraban en el RPM y no formaban parte de la pensión de vejez, por ello no correspondían al afiliado y estaban sujetos al término prescriptivo, ya que retribuían la labor de administración de los aportes realizados por la demandante y así lo ponía de presente no sólo la Ley sino conceptos de la Superintendencia Financiera.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora BLANCA NIEVES RUIZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 20 de agosto de 1999, a través de formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A., y que fuera allegado por esa demandada junto con contestación que obra 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 sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en 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; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

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

condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información. Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico 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 contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en su recurso, no le bastaba a las demandada aducir que con la suscripción del mismo la afiliación fuera libre y voluntaria, ya que no se puede predicar tal efecto cuando no se conocían por parte del afiliado las consecuencias del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97,

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por las recurrente 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 demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta. Lo anterior por cuanto tal documental, se itera, no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la señora Blanca, pero nada

dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por las demandadas en su recurso, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió; no siendo posible como pretende Colpensiones verificar los requisitos para retornar al RPM previstos en la sentencia SU 062, como quiera que la aplicación de tal pronunciamiento no fue el soporte de las pretensiones sino la ausencia de información en el acto de traslado.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en recurso y alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento o engaño alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, sin que se haya alegado vicio alguno del consentimiento, 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 ineffectia 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 forma el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva 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, con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP recurrente también en sus alegaciones, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo** aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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

Por lo anterior, tal punto no será objeto de modificación, como quiera que los conceptos emitidos al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resultan vinculantes a esta Corporación, pues tal carácter únicamente lo ostentan las decisiones de la CSJ como órgano de cierre de la jurisdicción.

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 1999**, 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 del traslado dispuesta en la decisión de primer grado.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

Proceso Ordinario Laboral No. 07-2020-319-01 Dte: BLANCA NIEVES RUIZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2019-00592-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUÍS CARLOS CALVO GALINDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 PROTECCION y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 12 de julio de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor LUÍS CARLOS CALVO GALINDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS ante la omisión de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. del deber profesional de información; se ordene su traslado y afiliación a COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado; ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió por motivo de la afiliación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, debiendo asumir de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión; condenar a PROTECCION en caso de haberse otorgado previamente una pensión a seguirla pagando hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 12 a 14 archivo 01. Expediente 08-2019-00592).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 10 de enero de 1989; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones se trasladó del régimen pensional en el que se encontraba al RAIS realizando aportes a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., fondo al que se afilió el 04 de agosto de 1999; que PORVENIR a través de su promotor sólo se limitó a llenar un formulario preimpreso sin entregarle una información clara, completa, veraz, adecuada y suficiente; que solicitó la anulación del traslado, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 12 archivo 01. Expediente 08-2019-00592).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 17, 18, 23, 24, 29 y 30; negó el 12 y 16; y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó declaración de maneral libre y espontanea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, falta de legitimación en la causa por pasiva, ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 2001 y 2002; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción, buena fe por parte de la demandada AFP PROTECCION S.A. y la genérica. (fls. 550 a 562 archivo 01. Expediente 08-2019-00592).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2, 14, 21, 22 y 29, manifestó no constarle el 1, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 28 y 30 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 652 a 712 archivo 01. Expediente 08-2019-00592).

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 19, 28 y 29; negó el 20 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denomino prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la innominada o genérica. (fls. 750 a 757 archivo 01. Expediente 08-2019-00592).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor LUIS CARLOS CALVO GALINDO, identificado con C.C N° 19.348.807, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, realizado el día el 04 de agosto de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada al demandante LUIS CARLOS CALVO GALINDO, identificado con C.C N° 19.348.807, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiese traslado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de el señor LUIS CARLOS CALVO GALINDO, identificado con C.C N° 19.348.807, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las COLPENSIONES, PORVENIR A.F.P. Y PROTECCION A.F.P. y a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con el formulario de afiliación; que aplica la línea jurisprudencial de la CSJ; que no se puede extraer confesión del interrogatorio de parte; que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición y que la AFP no



demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del mismo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que los gastos de administración son un descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003 el cual opera tanto en el RPMPD como en el RAIS. Que únicamente sería procedente la devolución de las sumas que se encuentren en las cuentas de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de la administradora, pero que no es procedente que se ordene la devolución de los descontado por cuotas de administración.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.** interpuso recurso de apelación argumentando que se desconoce que el deber de información que han tenido las administradoras ha tenido varias etapas y que se debe valorar la normatividad vigente al momento del traslado. Que el traslado inicial se dio en el año 1999. Que se evidencia el formulario de afiliación que el demandante suscribió de manera libre y voluntaria y sin presiones y, se observa la firma del formulario y su aceptación. Señala que se cumplieron a cabalidad los requisitos al momento del traslado. Que no es válido pedir a las administradoras soportes de la información no previstos en el ordenamiento vigente, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso no consiste sólo en la posibilidad de defensa y de interponer recursos sino que exige como lo expresa el artículo 29 de la CP el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzgue. Que el actor suscribió varios formularios dentro del RAIS con lo cual ha ratificado su voluntad de permanecer en el régimen. Que la solicitud de regresar al RPMPD no se hizo a tiempo.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Luís Carlos Calvo Galindo, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir, en el año 1999 (fl. 732 archivo 01. Expediente 08-2019-00592), a la AFP ING el 01 de febrero del 2000 (fl. 732 archivo 01. Expediente 08-2019-00592), a la AFP PORVENIR el 23 de marzo del 2000 (fl. 732 archivo 01. Expediente 08-2019-00592), a la AFP ING el 01 de mayo del 2000 (fl. 732 archivo 01. Expediente 08-2019-00592), a la AFP PROTECCION el 04 de abril del 2001 (fl. 163 archivo 01. Expediente 08-2019-00592); a la AFP PORVENIR el 18 de diciembre de 2001 (fl. 116 archivo 01. Expediente 08-2019-00592) y, finalmente, a la AFP. PROTECCION el 04 de julio de 2002 (fl. 122 archivo 01. Expediente 08-2019-00592), siendo éste último fondo en el que se encuentra afiliado actualmente.

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



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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Luis Carlos Calvo Galindo, 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 demandada Horizonte hoy Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP 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 o los traslados horizontales que efectuó dentro de él, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que contrario a lo señalado por COLPENSIONES ni si quiera se aportó el formulario de afiliación que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Horizonte hoy Porvenir S.A. en el año 1999, con el cual se dio el traslado al RAIS.

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.

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 1999**, 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.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP PORVENIR sino únicamente de la AFP PROTECCIÓN, los que 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.*



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

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos tanto por la AFP PROTECCION como por la AFP PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo ordenó la devolución de los gastos de administración por parte de la AFP PROTECCION.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la AFP PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, durante la vigencia de la afiliación del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.



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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

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. 02-2019-00170-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EDY DEL ROSARIO VARAS RIVERA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. SONIA LORENA RIVEROS VALDES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.105.681.100 y tarjeta profesional No. 255.514 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional No. 369.821 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Porvenir S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 08 de julio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora EDY DEL ROSARIO VARGAS RIVERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad de la afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE EPENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. realizada el 27 de enero de 1995 a través del cual se trasladó del RPMPD al RAIS y se declare valida y vigente su afiliación a COLPENSIONES. Como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibir nuevamente a la demandante; a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a liberarla de sus bases y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 8 archivo 01. Expediente Digitalizado 2019-170).



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 23 de febrero de 1965, contando a la fecha de presentación de la demanda con 54 años de edad; que inició su vida laboral el 27 de febrero de 1987 con el empleador INV. HATSUHAN Y CIAL LTDA; que para esa data se encontraba afiliada al RPMPD administrado por CAJANAL y el ISS hoy COLPENSIONES; que cotizó en dicho régimen hasta el 27 de enero de 1995 fecha en la cual se trasladó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; que el asesor de PORVENIR le manifestó que CAJANAL y el ISS iban a ser liquidados y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo y le ofreció unos beneficios para que accediera tales como que podía pensionarse a más temprana edad y que el monto de su pensión sería más alto al que le otorgaría el ISS; que no le realizó una proyección o comparativo de la pensión entre regímenes; ni el monto del capital requerido en esa AFP para obtener una pensión, ni las consecuencias y desventajas de su traslado, ni la fecha hasta la cual podía retornar al RPMPD. Indica que se trasladó a la AFP HORIZONTE el 03 de octubre de 1998 y a la AFP COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS el 04 de diciembre de 1999; que las AFP no le brindaron una información clara al momento del traslado; que solicitó la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 6 a 8 archivo 01. Expediente Digitalizado 2019-170).

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, 3, 4, 27 y 28 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de



Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica. (fls. 118 a 146 archivo 01. Expediente Digitalizado 2019-170).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 14, 21, 22, 23, 25 y 26; manifestó no constarle el 2, 3, 4 y 24 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denomino prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 191 a 215 archivo 01. Expediente Digitalizado 2019-170).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora **EDY DEL ROSARIO VARGAS RIVERA** identificada con cédula de ciudadanía No. 28.033.042 al régimen de ahorro individual, realizada el 27 de enero de 1995 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante EDY DEL ROSARIO VARGAS RIVERA identificada con Cedula de Ciudadanía No. 28.033.042, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 27 de febrero de 1987, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante EDY DEL ROSARIO VARGAS RIVERA identificada con Cedula de Ciudadanía No. 28.033.042, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.



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

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas dentro de las que se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente para cada una.

SEXTO: Si no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el superior.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ; que la carga probatoria es de la AFP que realizó el traslado; que no bastaba con el formulario de afiliación; que la información que se debe brindar debe ser clara, completa y suficiente; que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición o tener un derecho consolidado; que no se probó la información brindada por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que el único documento que se exigía para el momento del traslado era el formulario de afiliación. Que el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo que ha incrementado a medida que pasan los años. Que para el momento del traslado nos encontrábamos en la primera etapa de la información. Que ni siquiera existía certeza si la demandante iba a cumplir o no los requisitos para pensionarse. Que no era posible dar una proyección pensional. Que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no. Que si la consecuencia es entender que el negocio jurídico nunca existió, pues tampoco existieron los rendimientos. Que no se pueden devolver los seguros previsionales porque siempre estuvo protegida.



Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que no se debe declarar la ineficacia porque el acto de traslado fue válido y produjo efectos jurídicos tanto que la demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible derivar obligación alguna a cargo de COLPENSIONES. Que no se evidencia en el interrogatorio de parte que a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error o la falta de información que se alega por parte de la AFP o que se este en presencia de un vicio del consentimiento error, fuerza o dolo. Que quedó demostrado que su afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin que se evidencia algún tipo de constreñimiento. Que la demandante no reúne los requisitos para regresar a Colpensiones porque no está cobijada por el régimen de transición y por tanto, no puede regresar en cualquier tiempo. Que las decisiones de los despachos judiciales de declarar la ineficacia del traslado afectan la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Que no se le puede exonerar de su obligación de asesorarse sobre su futuro pensional. Solicita se revoque la condena en costas toda vez que ha actuado de buena fe y nada tuvo que ver en el negocio jurídico que la demandante celebró con PORVENIR.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Edy del Rosario Vargas Rivera, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la PORVENIR en el año 1995 (fl. 34 archivo 01. Expediente Digitalizado 2019-170) y posteriormente a la AFP HORIZONTES hoy PORVENIR en el año 1998 (fl. 36 archivo 01. Expediente Digitalizado 2019-170) y a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR en el año 1999 (fl. 37 archivo 01. Expediente Digitalizado 2019-170).

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 y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Edy del Rosario Vargas Rivera, 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 Porvenir 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



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

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

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 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 lo único que le informó el asesor de la AFP Porvenir al momento del traslado fue que al trasladarse se podían pensionar más temprano; que el ISS se iba acabar y que su dinero estaba en riesgo; que en el RAIS podía retirar el dinero aportado sin ningún problema; que el monto de su mesada pensional sería más alto y que podían decidir si se pensionaban o cogían el dinero.

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

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

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



este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

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

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

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

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el



acto de afiliación jamás hubiera existido. Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

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

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



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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

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. 10-2018-00096-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA BELÉN TINJACA

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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 Décimo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

La señora ANA BELEN TINJACA GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se le reconozca y pague la sustitución pensional en un 100% por el fallecimiento de su cónyuge Clodomiro Francisco Peñuela González desde el 20 de mayo del 2003, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fls. 82 archivo 08ExpedienteDigital 2018-096).



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 09 de abril de 1939; que convivió con el señor Clodomiro Francisco Peñuela González desde el año 1960 de cuya unión NACIÓ una hija el 04 de abril de 1962 llamada Luz Roció; que contrajo matrimonio con el señor Clodomiro Francisco el 02 de abril de 1963 vinculo dentro del cual tuvieron otra hija el 09 de junio de 1964 llamada Nubia Stella; que el señor Clodomiro falleció el 20 de mayo de 2003 momento para el cual disfrutaba de la pensión de vejez reconocida por el entonces ISS mediante Resolución N° 20020 del 05 de diciembre de 1997, encontrándose para ese momento vigente el matrimonio y la sociedad conyugal; que la señora Ana Belén el 11 de junio del 2003 luego del fallecimiento de su esposo presentó solicitud de sustitución pensional la cual fue dejada en suspenso teniendo en cuenta que también se presentó a reclamar la señora Nora Esther. (fls. 68 a 70 archivo 08ExpedienteDigital 2018-096).

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 manifestó que no le constaba el 1° y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, declaratoria de otras excepciones, no configuración de pago de intereses moratorias e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fls. 93 a 99 archivo 08ExpedienteDigital 2018-096).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: SE DECLARA NO PROBADA la tacha sobre la imparcialidad del testigo JUAN CARLOS PEÑUELA, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SE DECLARA PROBADA la excepción propuesta por COLPENSIONES denominada inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y en consecuencia se ABSUELVE A COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por ANA BELEN TINJACA, de conformidad a las consideraciones expresas en la presente providencia.

TERCERO: SE CONDENA en costas a la parte actora, tásense e inclúyanse la suma de \$450.000,

CUARTO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta art 69 del C.P.L. Y S.S.” (archivo 20. 2018-096 ACTA FALLO)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se probó que la demandante contrajo matrimonio con el causante, el cual no se probó que se hubiese disuelto. Que en la demanda se afirma que la demandante convivió con el causante desde el año 1960 pero no se menciona hasta que año convivieron juntos. Que dentro del expediente aparece declaración extrajuicio rendida por la demandante en la que manifiesta que convivió con el causante desde 1960 a 1970. Que la demandante en otra declaración extrajuicio manifiesta que convivieron hasta el deceso del señor Clodomiro. Que existe una contradicción seria en el mismo dicho de la señora Ana Belén, pues al rendir la declaración extrajuicio recién falleció el señor Clodomiro manifestó que sólo convivieron hasta el año 1970 y luego en la siguiente declaración extrajuicio cambia su versión. Que ni siquiera la misma demandante es capaz de dar una fecha concreta de la convivencia. Que ni siquiera en los hechos se establece hasta cuando convivieron, ni dan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su convivencia. Que los testigos fueron llamados de oficio, pues la parte demandante ni siquiera solicitó prueba testimonial. Que la declaración de la señora Blanca Idaly Torres



contreras se contradice con lo dicho por la misma demandante, quien dijo que la convivencia sólo se había dado hasta 1970 y según la testigo los conoció en el año 1993, por lo que no pudo verlos como pareja como dice la testigo en su declaración.

Que el testigo Juan Carlos Peñuela en nada sirve porque lo único que dice es que su tío se casó con Ana Belén Tinjaca y que cree que nunca se separaron. No sabe donde vivían y señala incluso que se enteró de la muerte de su tío después, por lo que al testigo no le consta nada sobre la convivencia.

Indica que revisada la declaración extrajuicio del hermano del causante en esta se señala que le consta que su hermano convivió durante 33 años bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida con la señora Nora Esther Nieto (diferente a la aquí demandante); que dicha convivencia comenzó en el año 1970 hasta el momento del fallecimiento. Lo cual coincide con la declaración extrajuicio de Luís Augusto Ortiz Nieto y Ernesto Aguirre. Señala que con las declaraciones se evidencia que la demandante no podía haber convivido con el señor Clodomiro hasta su fallecimiento. Y que ninguna de las pruebas permite corroborar el dicho de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpone recurso de apelación argumentando que está demostrada la convivencia incluso desde antes porque la hija mayor nació en 1962; que ellos estaban conviviendo desde el 21 de julio; que debieron conocerse para poder tener una relación. Que ellos se casaron en el 63 y que el matrimonio está vigente y con sociedad conyugal vigente. Que se demuestra que ellos convivieron hasta el 68, pero que igual se habla que fue hasta el 70. Que se demostró mediante una foto que el asistía al cumpleaños de su hijo y que detrás de la foto está un calendario de 1986. Que se anexa su cédula la cual fue autenticada en el 2002 fecha en la cual estaba vendiendo una propiedad y que Doña Ana Belén lo acompañó. Que la demandante fue la única que se hizo cargo del causante. Que las demás personas que alegan convivencia no se hicieron cargo del entierro y por eso la demandante se quedó con las cenizas. Que el hecho de que el causante haya tenido otras relaciones



no desaparece la convivencia con la demandante. Que la señora Esther Nieto estuvo insistiendo ante Colpensiones el reconocimiento de la sustitución pensional, y no se la otorgaron porque no pudo probar la convivencia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor **Clodomiro Francisco Peñuela González**, que tuvo lugar el 20 de mayo del 2003 como da cuenta el registro civil de defunción (fl. 10 archivo 08ExpedienteDigital2018-096), como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionado, pues venía percibiendo una pensión de vejez por parte del ISS hoy Colpensiones, la cual le fue reconocida mediante la Resolución 20020 de 1997. (fl. 28 archivo 08ExpedienteDigital2018-096).

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

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>
Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo***



***haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y
haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años
continuos con anterioridad a su muerte...”***

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

Es así como la decisión de primer grado no encontró acreditados los requisitos exigidos, por lo que el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si la actora **Ana Belén Tinjaca** en su condición de cónyuge supérstite tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez deprecada.

La señora Ana Belén Tinjaca solicita la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite; sin embargo, la falladora de primera instancia no accedió a sus pretensiones, señalando que no tiene derecho a la pensión deprecada, como quiera que si bien contrajo matrimonio con el causante no se prueba la convivencia exigida de 5 años.

Al presentar la demanda específicamente en el acápite “**FUNDAMENTOS DE HECHO**” la señora **Ana Belén Tinjaca** manifiesta que reclama la sustitución pensional por haber convivido con el señor **Clodomiro Francisco Peñuela González** por más de 40 años, esto es, desde el año 1960 hasta la fecha del fallecimiento del señor Peñuela González, lo cual también señaló la demandante en la declaración extrajuicio que rindió ante la Notaría 58 del Círculo de Bogotá D.C. el 31 de julio del 2017 (fl. 16 archivo 08ExpedienteDigital2018-096).



Sin embargo, al revisar las demás pruebas allegadas al expediente se evidencia que le asiste razón a la falladora de primera instancia al señalar que la demandante no probó la convivencia exigida, pues es ella misma quien acepta dentro del trámite administrativo que adelantó ante COLPENSIONES que no convivió con el causante hasta su fallecimiento, pues aportó declaración extrajuicio rendida ante la Notaría 18 del Circulo de Bogotá en donde manifestó que estuvo casada con el pensionado fallecido desde 1960 al año 1970, pero que dependió de su cónyuge hasta su fallecimiento (fl. 28 archivo 08ExpedienteDigital2018-096)

Por tanto, es claro que es la misma demandante quien acepta que después del año 1970 no convivió con el causante. Ahora se encuentra probado que contrajo matrimonio con el señor Clodomiro Francisco Peñuela González desde el 02 de abril de 1963, pero no existe certeza hasta cuando convivieron, pues si bien la demandante en una de sus declaraciones extrajuicio señaló que convivieron hasta el año 1970 no existe prueba de ello, pues la parte demandante no trajo ningún testigo al proceso que corrobora su dicho y, los únicos testigos decretados de oficio no generan ninguna credibilidad a la Sala, pues la señora Blanca Idaly Torres Contreras señala que conoció a la pareja en el año 1993 fecha para la cual según ella se encontraban conviviendo, lo cual se contradice incluso con el dicho de la misma demandante quien aceptó que sólo convivió con el causante hasta el año 1970.

Y el señor Juan Carlos Peñuela López sobrino del causante señala que su tío se casó con la demandante y que “cree” que convivieron hasta su fallecimiento, lo cual también se contradice con lo dicho por la misma demandante, además el testigo al ser interrogado manifiesta que no sabe dónde vivía la pareja, de que falleció su tío, que no asistió al funeral de su tío, que se enteró de su fallecimiento tiempo después y que trabajaba lejos, por lo que es claro que no tiene un conocimiento directo de los hechos.

Por lo anterior, es claro que no le asiste razón al apoderado de la parte demandante al señalar que se logró probar la convivencia de la demandante con el causante por lo menos entre el año 1960 a 1970. Aunado a que los



demás argumentos expuestos no logran derruir la decisión proferida en primera instancia, pues contrario a lo señalado por el apoderado, el hecho de que antes de casarse hubiesen procreado una hija, con esto no se prueba la convivencia desde el año 1962, pues no necesariamente todas las parejas que tienen hijos se encuentran conviviendo y además este argumento al igual que cuando señala que debieron conocerse antes para tener una relación, son meras suposiciones que no permiten inferir la convivencia exigida.

Tampoco se prueba la convivencia exigida como lo pretende el apoderado de la parte actora en su recurso con una foto del cumpleaños de su hijo, primero, que no existe certeza de quienes son las personas que aparecen en la fotografía y en gracia de discusión si tuviéramos que corresponde al causante en el cumpleaños de su hijo, el hecho de que un padre asista al cumpleaños de uno de sus hijos no significa que exista convivencia entre los progenitores.

Como tampoco es posible probar la convivencia con una copia autenticada de una cédula, pues ni siquiera existe certeza de que la demandante haya acompañado al causante a autenticar dicha copia de la cédula como lo refiere el apoderado, lo cual no son más que suposiciones que no permiten probar la convivencia exigida.

Y si bien el apoderado de la parte actora señala que fue la demandante quien se hizo cargo del causante y que por esto se quedó con sus cenizas, lo cierto es que no existe ninguna prueba que permita establecer una vez se casó la pareja hasta que fecha fue la convivencia, y por tanto al no demostrarse que convivieron en el término exigido por la ley, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues independientemente de si el causante tuvo o no otras relaciones, la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía y al no probar la convivencia, 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 lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 09-2018-439-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA BERTILDA SERRANO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al doctor GUSTAVO BORBÓN MORALES, 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 agosto 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 del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 28 de octubre de 2021 proferido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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 ANA SERRANO, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es beneficiaria del

régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ende tiene derecho al reconocimiento de pensión de vejez a partir del 25 de noviembre de 2010, junto con intereses moratorios; solicita se ordene a Colpensiones validar los periodos cancelados por ella a cargo del empleador Impreplast Ltda, de igual forma se disponga la vinculación al trámite procesal a la sociedad Industrias Blue Star Ltda, para que efectúe el pago de los aportes en mora a su favor por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2013 al 30 de agosto de 2017. (fl. 45)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de noviembre de 1955, por lo que cuenta para la fecha de presentación de demanda con 62 años y 8 meses de edad, que alcanzó los 55 años de edad en el año 2010 y laboró de manera discontinua durante más de 24 años al servicio de las sociedades que relaciona en escrito de demanda, acreditando un total de 1291 semanas cotizadas teniendo en cuenta las que no fueron reportadas por sus empleadores morosos que ascienden a 338, que el 9 de mayo de 2013, solicitó ante Colpensiones reconocimiento pensional de vejez, el que le fue negado aduciendo la entidad que había cotizado 918 semanas.

Que el 14 de febrero de 2014 solicitó ante Colpensiones revisar y aclarar su historia laboral respecto de los aportes que no aparecían contabilizados por parte de la sociedad Impresos Plásticos Ltda., a lo que esta le manifestó que se había requerido a dicha sociedad para el pago de los ciclos pendientes, que en resolución VPB 17576 Colpensiones confirmó la negativa en cuanto al reconocimiento pensional indicando que se encontraba haciendo cobro de los aportes al empleador en mención, que dicha sociedad expidió certificación laboral que da cuenta de su vínculo laboral vigente entre el 2 de junio de 1990 al 30 de mayo de 1997, que ese empleador presenta mora en el pago de aportes desde junio de 1995 a mayo de 1997, lo que equivale a 102 semanas de cotización.

Señala que el 20 de mayo de 2015, solicitó liquidación de aportes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1995 al 31 de diciembre de 1996, efectuando el pago a órdenes de Colpensiones de dichos ciclos por valor de \$1.878.800, los que tal entidad no tuvo en cuenta

señalándole que debía solicitar la devolución de los mismos, que de igual manera solicitó ante esa demandada realizar el cobro de aportes a cargo de la sociedad Blue Star Ltda y también le solicita a ese empleador realizar el pago de aportes a su nombre entre el 1 de febrero de 2013 al 30 de agosto de 2017, petición que no fue atendida y por el contrario, motivó la terminación de su relación laboral; que nuevamente solicitó reconocimiento pensional en el 2017, el que le fue negado e interpuso acción de tutela que fue de conocimiento del Juzgado 10 Laboral del Circuito, despacho judicial que ordenó a Colpensiones el reconocimiento y pago transitorio de pensión de vejez a partir del 21 de febrero de 2013.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el contenido en numeral 1, negó los No. 2 y 10 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y compensación. (fl. 72)

El curador ad – litem de la sociedad Industrias Blue Ltda., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 4 a 8, 11, 16 a 23 y manifestó no constarle los demás. Propuso la excepción que denominó cobro de lo no debido. (fl. 152)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a incluir en la historia laboral de Ana Bertilda Serrano Salamanca el período de cotización comprendido entre el 01 de junio de 1995 al 31 de diciembre de 1996 para un total de 81,51 semanas de cotización.

SEGUNDO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a reconocer y pagar a ANA BERTILDA SERRANO SALAMANCA pensión de vejez en cuantía equivalente al SMLMV y a razón de 13 mesadas anuales, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO. DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción.

CUARTO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a reconocer y pagar a ANA BERTILDA SERRANO SALAMANCA la suma de \$22.992.976 por concepto de intereses moratorios causados desde el 25 de julio de 2015 al 30 de abril de 2018, sobre las mesadas que comprendieron del del 1 de febrero de 2013 al 31 de marzo de 2018.

QUINTO. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de las demás solicitudes incoadas en su contra por ANA BERTILDA SERRANO SALAMANCA en el presente asunto.

SEXTO. ABSOLVER a **INDUSTRIAS BLUE STAR LTDA.** de las pretensiones incoadas en su contra por ANA BERTILDA SERRANO SALAMANCA

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

1. RELACIÓN LABORAL

Para determinar la existencia de una relación de carácter laboral entre las partes se debe verificar la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo regulados por el artículo 23 CST, modificado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, a saber: (a) la prestación personal del servicio, (b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que lo faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, y el salario como retribución del servicio.

Adicionalmente, el artículo 24 de la misma norma, modificado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1990, estableció una presunción legal, y por tanto, que admite prueba en contrario, respecto de la cual toda prestación personal de un servicio se encuentra regida por un contrato de trabajo; y corresponde a quien se opone, desvirtuar la presunción infirmando la existencia de los demás elementos de la relación laboral.

Bajo estos lineamientos, en la historia laboral expedida por Colpensiones (f.º4) se registran cotizaciones a favor de la demandante y a nombre de Industrias Blue Star Ltda. desde septiembre de 2011 hasta enero de 2013. Sin embargo, más allá de lo anterior, no se puede establecer la prestación personal de los servicios de la demandante en favor de esta demandada por el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2013 y el 30 de agosto de 2017 y menos aún la existencia de subordinación o de un salario como contraprestación del servicio. Elementos sin los cuales no hay lugar a la declaración de un contrato de trabajo y de una relación laboral. Y era deber de la parte demandante acreditar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persigue.

Así mismo, al no poderse establecer la existencia de una relación laboral, tampoco hay lugar a condena alguna por concepto de aportes a seguridad social en pensión. Pues los mismos surgen con ocasión del contrato de trabajo y de la relación laboral. En consecuencia, se absolverá a Industrias Blue Star de estas solicitudes.

2. CORRECCIÓN HISTORIA LABORAL

La demandante solicitó la inclusión del periodo comprendido entre el 01 de junio de 1995 y el 31 de diciembre de 1996 en el que laboró para Impresos Plásticos Ltda.

Para el efecto es preciso recordar que, en tratándose de mora del empleador en el pago de aportes: “es deber de las administradoras de pensiones adelantar las gestiones de cobro con la finalidad de obtener el recaudo de las cotizaciones y, de omitir esa función, deben responder por el pago de la prestación. Igualmente, ha señalado que aún en el evento de realizarse de forma extemporánea el pago de esos aportes, como sucede en este caso, deben tenerse en cuenta a efectos de reconocer y pagar la respectiva pensión (CSJ SL3550-2018). Precisamente, en esta decisión señaló: (...) vale indicar que esta Corporación en providencia CSJ SL, 10 feb. 2009, rad. 34256 reiterada, entre otras, en CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 40852, CSJ SL782-2013, CSJ SL5987-2014, CSJ SL4818-2015 y CSJ SL 12718-2016, sostuvo: «en el caso del trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio y por el tiempo en que esto ocurra, se causan cotizaciones, y se adquiere la categoría de

cotizante, independientemente de que se presente mora patronal en el pago de las mismas». (CSJ SL5192-2020)

No obstante, para que exista obligación de cobro de los aportes por parte de la administradora, debe mediar la afiliación e inscripción correspondiente por parte del empleador. Posición que ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ, SL, 23 feb. 2010, rad. 37555, reiterada en sentencia SL290-2020 en la que indicó que: “en lo que atañe a la nueva construcción jurisprudencial que alude el censor, que tiene que ver con la responsabilidad de las administradoras del régimen de pensiones, frente a la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, cuando ésta no utiliza las herramientas legales de cobro para realizar el recaudo efectivo de la cotización, es menester aclarar, que tal orientación doctrinaria no tiene aplicación en asuntos donde se presenta el incumplimiento en el deber de inscripción o afiliación del trabajador [...] Lo anterior por cuanto al no mediar afiliación o inscripción, no surge la cotización que permita hablar de mora en el cubrimiento de aportes, ni se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas referentes a la recaudación de cotizaciones.”

Bajo estos lineamientos, con la historia laboral expedida por Colpensiones (f.º 4 y 68) se estableció que Impresos Plásticos Ltda. Impleplast efectuó cotizaciones a favor de la demandante desde el 09 de agosto de 1990, y efectuó el pago de las mismas hasta el 31 de mayo de 1995. Con lo cual se acreditó que medió afiliación por parte de la empresa y con ello, existía la correlativa obligación de la administradora de preservar la integridad de los aportes ejerciendo las acciones de cobro respectivas y en oportunidad. Sin embargo, por los períodos comprendidos entre el 01 de junio de 1995 al 31 de diciembre de 1996 la administradora consignó “No registra relación laboral en afiliación para este pago”, a pesar de que no se registra retiro con este empleador, y en derecho de petición del 22 de noviembre de 2013 (f.º 67), la demandante puso de presente esta irregularidad a la administradora y aportó una certificación laboral expedida por dicho empleador: Impleplast, del 25 de junio de 1997 (f.º 17 y 67), en la que certifica que la demandante laboró para dicha compañía desde el 02 de junio de 1990 al 30 de mayo de 1997.

A dicho requerimiento, Colpensiones presentó respuesta el 31 de diciembre de 2013 (f.º 67) en la que se limitó a señalar que “los ciclos que no se evidencia pago efectuado por el empleador a su nombre, puede ser ocasionado por: (a) su número de cédula fue registrado erróneamente en el pago, (b) su empleador efectuó el pago pero no remitió el correspondiente medio magnético donde se evidenciara el detalle de los trabajadores, (c) su empleador no efectuó el pago correspondiente.”

En comunicación del 27 de marzo de 2014 (f.º 67) Colpensiones le indica que “en el historial de pagos se visualizan deudas presuntas generando intereses pendientes por pagar, debido a que el empleador Impresos Plásticos Ltda no efectuó pagos para los ciclos 199506 a 199909. En razón a lo anterior y de acuerdo a las atribuciones que nos competen y a las leyes vigentes, hemos requerido al empleador el pago de los ciclos pendientes.”

Y en comunicación del 28 de julio de 2015 (f.º 67) Colpensiones le manifestó “Le informamos que los ciclos 1995/06 a 1996/12, fueron cancelados por Impresos Plásticos Ltda de forma extemporánea, fecha para la cual no tiene relación laboral con dicho empleador, razón por la cual no contabilizan en la historia laboral” Períodos cuyo pago fue efectuado el 20 de mayo de 2015 de conformidad con las documentales obrantes en el expediente administrativo aportado por la demandada (f.º 67)

Con esto, la mora por parte del empleador en el pago de los aportes no puede ser atribuible a la afiliada, máxime cuando la administradora no acreditó haber ejercido las acciones de cobro de manera oportuna para preservar la integridad de los aportes, habiendo sido radicado en sus dependencias la correspondiente reclamación por parte de la demandante con los soportes debidos. Y para el efecto, no es posible tener en cuenta las manifestaciones efectuadas en las respuestas ofrecidas por Colpensiones a la demandante en la que indica que ya están efectuando los requerimientos al empleador. Pues la administradora cuenta con amplias facultades para preservar los aportes, inclusive de cobro coactivo y las mismas debieron ser ejercidas de manera oportuna.

Así mismo, encuentra el Despacho que el pago del período comprendido entre el 01 de junio de 1995 al 31 de diciembre de 1996, si bien fue cancelado de manera extemporánea, la administradora no presentó ninguna objeción, convalidando así el período de cotización. (CJS SL5031-2019)

Por lo anterior, se condenará a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a incluir en la historia laboral de Ana Bertilda Serrano Salamanca el período de cotización comprendido entre el 01 de junio de 1995 al 31 de diciembre de 1996 para un total de 81,51 semanas de cotización.

3. PENSIÓN DE VEJEZ

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció que al 01 de abril de 1994: fecha de entrada en vigor del sistema general de pensiones, quienes tuvieran 35 o más años de edad para el caso de las mujeres, o 15 o más años de servicio cotizados, podrían acceder a la pensión de vejez con los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto, del régimen al que se encontraban afiliados.

Así mismo, el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, limitó la vigencia de dicho régimen hasta el 31 de julio de 2010. Pero aquellos afiliados que acreditaran 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempos de servicio al 29 de julio de 2005, se les extendería hasta el 31 de diciembre de 2014.

Finalmente, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año estableció que tendrían derecho a la pensión de vejez las personas que tuvieran 55 años o más de edad en el caso de las mujeres y, un mínimo de 500 semanas de cotización dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o un número de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

Bajo estos lineamientos, en el caso bajo estudio se estableció que la demandante el 01 de abril de 1994 tenía 38 años (f.º2) y el 29 de julio de 2005 acreditó un total de 923,14 semanas de cotización, incluyendo para el efecto las 81,51 semanas de cotización por el período comprendido entre el 01 de junio de 1995 al 31 de diciembre de 1996. Por lo cual acreditó los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora bien, la demandante al 31 de enero de 2013 acreditó 1008,86 semanas de cotización, fecha para la cual tenía 57 años de edad. Cumpliendo con los requisitos establecidos por la norma para ser beneficiaria de la pensión de vejez solicitada con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año.

Con esto, es preciso memorar que, por regla general, para el disfrute de la prestación, de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, se requiere la desafiliación formal del sistema. No obstante, ante situaciones particulares y excepcionales, es menester acudir a soluciones diferentes, razón por la cual, para tales efectos, ha definido fechas anteriores a las del retiro del sistema (CSJ SL1353-2019). “Ello, se ha establecido en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).” (CSJ SL2061-2021)

Así las cosas, se evidencia que la demandante efectuó cotizaciones del 01 de noviembre al 30 de abril de 2018. Sin embargo, estos aportes no se tendrán en cuenta para efectos del cálculo y reconocimiento de la prestación. Pues encuentra el Despacho que, anterior a dichas cotizaciones, la última cotización efectuada data del 31 de enero de 2013, y la demandante presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez el 09 de mayo de 2013 (f.º67) lo cual denota su voluntad de no continuar vinculada al sistema. Sin embargo, dichas cotizaciones posteriores se efectuaron ante la negativa de la entidad demandada en el reconocimiento de la pensión de vejez, quien mediante

Resolución GNR 262529 (f.º7) resolvió la solicitud señalando que no acreditaba los requisitos mínimos necesarios para acceder a la prestación.

Bajo estos parámetros, se procedieron a efectuar las operaciones aritméticas de rigor y se estableció un Ingreso Base de Liquidación Promedio de los últimos 10 años equivalente a \$561.585, al cual se le debería aplicar la tasa de reemplazo. Sin embargo, el mismo ya resulta inferior al salario mínimo del año 2013 correspondiente a \$589.500. Por ello, como ninguna pensión puede ser inferior al monto de aquel, se procederá a condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a reconocer y pagar a Ana Bertilda Serrano Salamanca pensión de vejez a partir del 01 de febrero de 2013 en cuantía equivalente al SMLMV y a razón de 13 mesadas anuales, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4. MESADAS PENSIONALES RETROACTIVAS

Ahora, para verificar la solicitud sobre mesadas pensionales retroactivas, es preciso tener en cuenta que mediante sentencia de tutela del 09 de marzo de 2018 (f.º28) se dispuso “Segundo. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, que dentro de 48 horas a la fecha en que sea notificada esta decisión, proceda a expedir un acto administrativo dando aplicación a lo consagrado en el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en concordancia con las disposiciones aplicables contenidas en el Decreto 758 de 1990, reconozca y pague la pensión de vejez a la señora Ana Bertilda Serrano Salamanca identificada con C.C. No. 51.573.106[...].”

En cumplimiento de lo anterior, Colpensiones expidió la Resolución SUB 88221 (f.º37) en la cual dispuso: “Primero. Ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a favor de la señora Serrano Salamanca Ana Bertilda en los siguientes términos. Valor mesada a 21 de febrero de 2013=\$589.500” Y procedió a reconocer un retroactivo por mesadas ordinarias por valor de \$40.685.490, y por mesadas extraordinarias por valor de \$3.277.022.

Encuentra el Despacho que la pensión debió ser reconocida a partir del 01 de febrero de 2013, y no a partir del 21 de febrero de aquel año. Sin embargo, el reconocimiento se produjo de aquella manera debido a que en la sentencia de tutela, por un error involuntario, no se tomó en cuenta el último ciclo cotizado, sino la fecha de pago de aquel ciclo.

Por ello, estaría pendiente de pago el retroactivo comprendido entre el 01 y el 21 de febrero de 2013. No obstante, de conformidad con los artículos 488 CST y 151 CPTSS, los derechos laborales y sociales prescriben en un término de tres años contado desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Con esto, la demandante presentó una primera solicitud ante Colpensiones el 09 de mayo de 2013 que fue resuelta negativamente mediante Resolución GNR 262529 del 18 de octubre de 2013. Posteriormente se presentaron reclamaciones para la corrección de la historia laboral, y finalmente se presentó acción de tutela que culminó con sentencia del 09 de marzo de 2018, en la que se ordenó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, que se produjo mediante Resolución SUB 88221 del 04 de abril de 2018 (f.º37). Por lo que respecto de aquella mesada se superó ampliamente, el término trienal establecido por la norma.

Y respecto de las demás mesadas pensionales retroactivas, encuentra el Despacho que ya han sido reconocidas de conformidad con la presente decisión, y en atención al fallo de tutela. Por lo que se absolverá de esta solicitud.

5. INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata la ley, la entidad reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. Así mismo, de conformidad con el Inciso final del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En el presente caso la solicitud fue radicada el 09 de mayo de 2013 (f.º67), por lo que la entidad tenía hasta el 09 de septiembre del mismo año para el reconocimiento de la prestación. Por lo cual, en principio habría lugar al reconocimiento de intereses moratorios a partir del 10 de septiembre de 2013 y hasta el 30 de abril de 2018, ya que en el mes de mayo de 2018 se produjo el pago del retroactivo.

Sin embargo, de conformidad con la regla general de prescripción establecida en los artículos 488 y 151 CPTSS, la demandante contaba con un término de tres años para su reclamación. Situación que únicamente se produjo con la presentación de la demanda el 25 de julio de 2018 (f.º49). Por lo cual, los intereses moratorios causados con anterioridad al 25 de julio de 2015 se encuentran prescritos.

Con esto, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se procederá a condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a reconocer y pagar a Ana Bertilda Serrano Salamanca la suma de \$22.992.976 por concepto de intereses moratorios causados desde el 25 de julio de 2015 al 30 de abril de 2018, sobre el retroactivo pensional del 1 de febrero de 2013 al 31 de marzo de 2018 equivalente a 43.962.512, que fue incluido en nómina de abril de 2018 y pagado en el mes de mayo, último mes sobre el que se tomó la tasa de interés que correspondía al 30,66% EA.

Finalmente, el Despacho no dispondrá la indexación de los valores ordenados al quedar cubierto dicho concepto con la condena de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso el grado jurisdiccional de consulta, se tiene que en la decisión de primer grado, se ordenó a la entidad de seguridad social demandada, reconocer pensión a la demandante bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Para verificar si la demandante tiene derecho a la pensión de vejez conforme a dicha normatividad debe revisarse primero, si es beneficiaria del régimen de transición que invoca:

La documental que obra a folio 2 del expediente, contentiva de copia de documento de identificación de la actora, da cuenta de que **nació el 25 de noviembre de 1955, por lo que contaba al 1º de abril de 1994 con más de 35 años de edad** siendo en principio, beneficiaria del régimen de transición pensional según el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 señala que los requisitos para adquirir pensión bajo dicha normatividad, en lo que respecta a las mujeres son acreditar 55 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia debían cumplirse antes del 31

de julio de 2010 y en caso de que los afiliados que no hubieren a la anterior fecha cumplido requisitos para pensionarse, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extenderseles el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuando tuvieran cotizadas 750 semanas a 25 de julio de 2005.

En este caso, como lo refirió el juzgador de instancia, de historia laboral allegada por la parte demandada junto con contestación, actualizada a noviembre de 2018, se determina que a la data en mención, la demandante contaba con 841,74 semanas de cotización, por lo que en efecto conservó el régimen de transición del que era beneficiaria por razón de edad.

Conforme lo indicado con anterioridad a diciembre de 2014, debía acreditar el cumplimiento de la edad de 55 años, que atendiendo a su fecha de nacimiento, alcanzó en noviembre de 2010 y en cuanto al requisito de cotización de historia laboral a que se alude, se determina que a la data en mención, no había cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años previos al cumplimiento de la edad, ya que a 31 de enero de 2013, había acumulado una densidad de 927.33 semanas, volviendo a registrar cotizaciones hasta el año 2017.

No obstante lo anterior, la parte demandante reprocha la falta de contabilización en su historia laboral del periodo comprendido entre 1 de junio de 1995 a 31 de diciembre de 1996, el que fuera cotizado con la sociedad Impreplast Ltda., evidenciándose que como lo adujo la decisión de instancia, en la historia laboral expedida por la demandada se detallan cotizaciones efectivas por intermedio de ese empleador hasta 31 de mayo de 1995 y los subsiguientes periodos aparecen en 0, señalándose que no se registra relación laboral para dicho pago, a pesar de lo anterior, revisada la historia laboral, para mayo de 1995, no se registra novedad de retiro alguno por parte de ese empleador, aunado a ello, la certificación visible a folio 17 del plenario, expedida por la sociedad en mención, da cuenta de que el vínculo laboral de la actora con esta tuvo lugar desde el 2 de junio de 1990 al 30 de mayo de 1997, de lo que se desprende con claridad que dicho vínculo se encontraba vigente para el periodo en que la entidad de seguridad social manifiesta lo contrario.

A más de lo anterior y de manera contradictoria Colpensiones en respuesta emitida a la demandante el 27 de marzo de 2014 (fl. 67), le indica a esta que por dicho periodo que reclama la demandante, esto es, junio de 1995 a septiembre de 1999, el empleador Impreplast Ltda., no efectuó el pago de aportes y por ello lo requeriría para dicho pago, a su turno en comunicación del 28 de julio de 2015, le indica que tales aportes fueron cancelados por el empleador en mención de manera extemporánea, esto es para mayo de 2015 y para tal fecha no tenía relación laboral con ese empleador, por ello no los contabiliza como efectivamente cotizados.

Conforme el recuento señalado en precedencia, es claro que la entidad de seguridad social demandada acepta haber recibido el pago de dichos aportes y no manifestó ninguna clase de inconformidad al respecto, por lo que era su deber tenerlos en cuenta como efectivamente cotizados en la historia laboral de la demandante, como también haber efectuado sobre estos las gestiones de cobro conforme las facultades a ella legalmente conferidos, cuando quedó demostrado que para el periodo bajo estudio, la relación laboral de la demandante e Impreplast Ltda., gozaba de vigencia y de ella se derivaba la obligación de esta última de cotizar y de no ser así, la administradora pensional debía efectuar el cobro de aportes y su omisión, no puede afectar el derecho pensional de la demandante como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL1720 de 2022.

Es así que contrario a lo indicado por la entidad en mención en sus alegaciones resulta clara la procedencia de tener como efectivamente cotizado el periodo bajo estudio que asciende a 81.22 semanas, las que sumadas a las 927.33, arrojan un total de 1008.84 semanas cotizadas por la demandante hasta el 31 de diciembre de 2014, reuniendo así los requisitos para ser beneficiaria de la pensión reclamada en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la fecha de reconocimiento pensional, se evidencia que la demandante efectuó cotizaciones hasta el periodo de enero de 2013, reclamando por primer vez la prestación por vejez ante la demandada el 9 de mayo de 2013 (fl. 67), siendo claro que a partir de dicha data su voluntad era no continuar vinculada al sistema como cotizante y ante la

negativa de la entidad en reconocerle la prestación a la que ya se vio, tenía derecho, volvió a efectuar cotizaciones a partir de noviembre de 2017, por lo que resulta aplicable el criterio esbozado por la CSJ entre otras en sentencia SL2004 de 2022, según el cual por regla general, el reconocimiento pensional procede a partir de la fecha en que se realizó la última cotización, no obstante situaciones excepcionales como que el afiliado se haya visto abocado a continuar cotizando ante la negativa de la entidad en efectuar dicho reconocimiento que es lo que claramente sucede en esta oportunidad determina que el reconocimiento pensional opera como se indicó en la decisión de instancia a partir 1 de febrero de 2013, en cuantía del SMLV y a razón de 13 mesadas pensionales anuales.

Intereses moratorios

Resulta evidente que en esta oportunidad tuvo lugar la mora deprecada, pues como se indicó al haber recibido la administradora pensional los aportes con fundamento en los cuales negó el reconocimiento pensional deprecado, era su deber tenerlos en cuenta para el efecto, de haberlo hecho hubiera concedido el derecho pensional sin dilaciones a la actora, cuando esta lo solicitó, data para cual, como se determinó reunía los requisitos de densidad y tiempo de cotizaciones previstos en el Acuerdo 049 de 1990.

Para el caso bajo estudio y como se señaló, la demandante solicitó reconocimiento pensional el 09 de mayo de 2013 (fl. 67), por lo que la entidad contaba con 4 meses para efectuar su reconocimiento y por tanto esta condena procedería a partir del 10 de septiembre del mismo año; no obstante con observancia de la excepción de **prescripción** propuesta, es claro que en el presente transcurrió dicho término al no operar la interrupción del mismo, ya que la demanda fue presentada el 25 de julio de 2018 (fl. 49)., razón por lo cual, los intereses moratorios causados con anterioridad al 25 de julio de 2015 se encuentran prescritos.

Así las cosas, sobre este punto se encuentra acertada la decisión de primer grado en cuanto ordenó a la demandada a efectuar el pago de los intereses bajo estudio desde el 25 de julio de 2015 al 30 de abril de 2018 data para la cual, fuera incluida en nómina la prestación reconocida a la actora por virtud de orden de tutela y sobre el retroactivo pensional

calculado entre el 1 de febrero de 2013 al 31 de marzo de 2018. La cuantía de los intereses, no será objeto de modificación atendiendo al grado de consulta en que se estudia la decisión como quiera que realizado el cálculo de estos por el grupo liquidador de esta corporación en la forma señalada, arrojan una suma levemente superior a la indicada en la decisión de primer grado, la que se itera, no ofreció reproche.

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 de este pronunciamiento.

SEGUNDO: 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. 01-2019-01043-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ADRIANA MARTÍNEZ DUQUE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.144.041.976 y tarjeta profesional No. 258.258 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. SANDRA PAOLA ANILLO DÍAZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.050.038.302 y tarjeta profesional No. 271.077 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 y del grado de consulta a favor de Colpensiones,



revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 08 de julio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ADRIANA MARTÍNEZ DUQUE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que COLFONDOS S.A. la asesoró equivocadamente al afiliarla a dicha entidad y que omitió la obligación de asesorarla respecto a la posibilidad de trasladarse a COLPENSIONES. Como consecuencia, solicita se declare la nulidad de su afiliación a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y, se ordene a PROTECCION S.A. a trasladar a la demandante a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas; se condene a COLPENSIONES aceptar el traslado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 23 de mayo de 1962; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años de edad; que inició su vida laboral cotizando en el ciclo de julio de 1984 en el ISS hoy COLPENSIONES; que en el ISS logró cotizar un total de 362 semanas; que en toda su vida laboral ha cotizado 1225 semanas; que el 01 de julio de 1994 se



trasladó del ISS a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS teniendo en cuenta la asesoría recibida en la cual le ofrecían una mesada pensional más alta y que el ISS se iba acabar; que el 03 de junio de 1999 se trasladó a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN, sin obtener una asesoría adecuada; que existe un vicio en el consentimiento al momento del traslado.. (fls. 5 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** señaló que no se oponía ni se allanaba a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 6 y 8; negó el 7, 17, 19 y 20 y, manifestó no constarle los demás. No propuso excepciones de mérito. (fls. 171 a 173).

Por su parte, 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 y 2; negó el 4 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y de la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en Instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica. (fls. 157 a 164 y 176 a 18 subsanación).

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 5, 9, 14 y 15; manifestó no constarle el 3, 4, 6, 7, 8 y 12 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,



prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (fls. 186 a 210).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen pensional de la demandante señora ADRIANA MARTÍNEZ DUQUE, identificada con la C.C. 51.715.441 a través del fondo administrado por la sociedad demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la señora ADRIANA MARTÍNEZ DUQUE, identificada con la C.C. 51.715.441 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 PROTECCION SA, trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante ADRIANA MARTÍNEZ DUQUE, identificada con la C.C. 51.715.441 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 de la actora, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por la 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 de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.”



Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ; que la carga probatoria es de la AFP que el traslado fue desinformado por lo que debe declararse la ineficacia del traslado y que no bastaba con el formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante no se acercó a Colpensiones a solicitar asesoría y que su traslado fue libre y voluntario.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que los gastos de administración son descuentos establecidos en la Ley 100 de 1993 y es un descuento que opera en ambos regímenes. Que los aportes de la demandante generaron rendimientos por lo que fueron bien administrados. Que al trasladar los gastos de administración a Colpensiones se generaría un enriquecimiento sin causa en su favor. Que por las restituciones mutuas en su favor tiene derecho a quedarse con los gastos de administración, porque se trasladan los rendimientos. Que la Superintendencia Financiera en concepto del 2020 señaló que cuando se declara la ineficacia sólo deben devolverse los aportes más los rendimientos. Que la prima de seguro previsional ya fue entregada a una aseguradora. Que frente a esta devolución opera el fenómeno de la prescripción.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora



Adriana Martínez Duque, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS en el año 1994 (fl.174 reverso) y posteriormente a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN en el año 1999 (fl. 31).

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Adriana Martínez Duque, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del 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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

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



No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, 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 Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP Colfondos al momento del traslado fue que su pensión iba a tener un monto más alto y que el ISS se iba a liquidar por lo que podía perder sus semanas.

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

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



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

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

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

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP COLFONDOS sino únicamente de la AFP PROTECCIÓN, los que deben ser objeto de dicho traslado, los que contrario a lo manifestado por la AFP PROTECCION, 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 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)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invocan 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 PROTECCION S.A.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos tanto por la AFP PROTECCION como por la AFP COLFONDOS, por cuanto la de primer grado sólo ordenó la devolución de los gastos de administración por parte de la AFP PROTECCION.

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



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

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 el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la AFP COLFONDOS debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, durante la vigencia de la afiliación de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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



TERCERO: 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. 11-2018-00111-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: PABLO EMILIO TEATINO OLIVOS
DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. SONIA LORENA RIVEROS VALDES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.105.681.100 y tarjeta profesional No. 255.514 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 demandada Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de marzo de 2021.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor PABLO EMILIO TEATINO OLIVOS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE CONDENE a COLPENSIONES a reconocer y pagarle una pensión de vejez a partir del 01 de septiembre de 2014, la cual deberá reajustarse anualmente pagarse junto con los intereses moratorios, lo que resulte probada extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 08 de abril de 1945, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2005; que es beneficiario del régimen de transición pues al 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; que para el año 2010 presentó solicitud de reconocimiento pensional, la cual le fue negada mediante la Resolución N° 11366 de 2010; que posteriormente, Colpensiones a través de la Resolución N° 423817 del 14 de noviembre de 2014 aceptó la inclusión al programa Beps; que el 23 de diciembre de 2015 solicitó el reconocimiento de una indemnización sustitutiva, por contar con 961 semanas; que su historia laboral adolece de inconsistencias y períodos no tenidos en cuenta, los cuales aparecen en mora con la anotación “pago aplicado a períodos anteriores”; que al 25 de julio de 2005 cuenta con 816 semanas y para el 31 de diciembre de 2014 con 1012 semanas cotizadas en toda su vida laboral; que reúne los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; que Colpensiones le negó



nuevamente la pensión de vejez a través de la Resolución SUB N° 294812 del 22 de diciembre del 2017. (fls. 4 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó parcialmente el contenido en los numerales 1, 8 y 10; negó el 5 y 6 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica. (fls. 35 a 42).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el ciudadano **PABLO EMILIO TEATINO OLIVOS** es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y mantuvo el mismo de conformidad con los parámetros normativos del Acto legislativo 01 del año 2005, según lo esbozado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de una pensión de vejez bajo los presupuestos normativos del artículo 12 del Acuerdo 049 del año 1990, a favor del aquí demandante **PABLO EMILIO TEATINO OLIVOS**, identificado con la cédula de ciudadanía 2.626.007, reconocimiento que se deberá efectuar a partir del 01 de septiembre del año 2014, en cuantía inicial de \$616.000 pesos, por 13 mensualidades al año más los incrementos de ley, según lo esbozado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **COLPENSIONES** a pagar el valor pensional a favor del aquí demandante **PABLO EMILIO TEATINO OLIVOS** para el terreno comprendido entre el 01 de



septiembre del año 2014 y el 28 de febrero del año 2021, el cual asciende a la suma de \$63.543.931.

CUARTO: AUTORIZAR a la demandada **COLPENSIONES** que descuenta de la anterior suma reconocida a título retroactivo, el valor correspondiente por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, reconocida mediante la Resolución GNR 34503 del 01 de febrero del año 2016 y el cual asciende a la suma de \$11.015.475.

QUINTO: AUTORIZAR a la demandada **COLPENSIONES** descontar los valores por conceptos de Seguridad Social en Salud, del retroactivo a sufragar después del descuento realizado por la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

SEXTO: DECLARAR probada la excepción de no configuración del pago de intereses moratorios y no probadas las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, según lo esbozado en la parte motiva de la presente.

SÉPTIMO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso, liquídense por secretaria, inclúyanse en ellas la suma de \$1.200.000 pesos, como valor en que se estiman las agencias en derecho y de conformidad con el acuerdo 10554 de agosto del año 2016.

OCTAVO: ENVIAR las presentes diligencias a la Sala de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, en caso de no ser apelada por este sujeto, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no se discute que el actor es beneficiario del régimen de transición, pues al 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad. Que tiene derecho a que se le estudie su derecho pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 que exige el cumplimiento de 60 años de edad, los cuales alcanzó el 08 de abril del 2005 y contar con 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o con 1000 semanas en cualquier tiempo. Que se deben habilitar las semanas en mora del empleador “ABSERVIGIA LTDA”, por lo que se deben habilitar 51.48 semanas. Que al 25 de julio del 2005 fecha en que entró en vigencia el AL 01 del 2005 contaba con más de 750 semanas. Que al 31 de diciembre del 2014 contaba con las semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, por lo que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez a partir del 01 de septiembre del



2014 (fecha de disfrute), día siguiente a la última cotización. Que como no cuenta con más de 1250 semanas el IBL se calcula con lo cotizado en los últimos 10 años, que al ser todas sus cotizaciones de salario mínimo el monto de su mesada pensional es de salario mínimo. Que se autoriza a Colpensiones para que descuente la suma pagada por indemnización sustitutiva y, para que descuente del retroactivo los aportes a salud. No condena al pago de intereses moratorios.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que al 31 de diciembre de 2014 sólo contaba con 880 semanas cotizadas, por lo que no cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Señala ante una posible mora, no es suficiente con la simple afiliación porque no sabría cuál es la fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo. Que no se puede dar simplemente por acreditada la mora patronal y otorgarle una pensión de vejez, pues se puede afectar la sostenibilidad financiera, pero sobretodo el principio de la legitimación al dar un derecho que no tiene causado. Solicita que se revise muy bien la mora patronal y se revoque la decisión proferida en primera instancia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, se tiene que en la decisión de primer grado, se ordenó a la entidad de seguridad social demandada, reconocer pensión al demandante bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Para verificar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez conforme a dicha normatividad debe revisarse primero, si es beneficiario del régimen de transición que invoca:



La documental que obra a folio 15 del expediente, contentiva de copia de documento de identificación del actor, da cuenta de que **nació el 08 de abril de 1945, por lo que contaba al 1° de abril de 1994 con más de 40 años de edad, exactamente 48 años**, siendo en principio, beneficiario del régimen de transición pensional según el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 señala que los requisitos para adquirir pensión bajo dicha normatividad, en lo que respecta a las hombres son acreditar 60 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en el caso de los afiliados que no hubieren cumplido requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2010, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extenderseles el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuando tuvieran cotizadas 750 semanas a 25 de julio de 2005.

En este caso, como lo refirió el juzgador de instancia, de la historia laboral allegada por la parte demandada junto con la contestación, actualizada a 02 de octubre de 2019, se determina que a la data en mención -25 de julio de 2005-, la demandante contaba con 776.2 semanas de cotización, por lo que en efecto conservó el régimen de transición del que era beneficiario hasta diciembre del 2014.

Conforme lo indicado con anterioridad a diciembre de 2014, debía acreditar el cumplimiento de la edad de 60 años, que atendiendo a su fecha de nacimiento, alcanzó el 08 de abril del 2005 y en cuanto al requisito de cotización de historia laboral a que se alude, se determina que a la data en mención, no había cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años previos al cumplimiento de la edad.



No obstante lo anterior, la parte demandante reprocha la falta de contabilización en su historia laboral de unos períodos en mora por parte de su empleador “ABSERVIGIA LTDA” para los ciclos de enero a junio de 1996, de octubre a diciembre de 1996 y de marzo de 1997.

Frente a la diligencia y cuidado de las administradoras del Sistema General de Pensiones, en cuanto a las acciones de cobro de aportes en mora la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha enseñado entre otras en la sentencia SL 2163-2022 lo siguiente:

“A efectos de absolver el problema jurídico planteado, conviene reiterar lo dicho por la Sala de Casación Laboral sobre la obligación de las entidades administradoras de cobrar los aportes en mora. En este punto el precedente ha sido muy claro en señalar que existe dicha obligación por cuanto son entidades que administran los recursos pensionales de sus afiliados, esto conforme a la habilitación dada constitucionalmente al gobierno de delegar la prestación del servicio público de la seguridad social en entidades tanto públicas como privadas (CSJ SL 5665-2021).

Y, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 656 de 1994 por ser prestadoras de un servicio público esencial, las entidades tienen una diligencia superior a la de cualquier otra actividad, de manera que, el regulador determinó que debían desarrollar sus funciones de manera eficiente, eficaz y oportuna, y su responsabilidad, ante su inobservancia, los hace responsables de los perjuicios que se le puedan causar a sus afiliados. Y no puede trasladar las consecuencias al trabajador (CSJ SL 51513-2020 y SL 5665-2020).

Vistas así las cosas la conclusión es que «no es dable trasladar al trabajador las consecuencias del no pago del aporte por parte de su empleador, así como que la administradora tiene el deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes a efectos de persuadir al aportante incumplido de honrar su obligación. Sin embargo, en aquellos eventos en que la administradora no demuestre haber adelantado, o no adelante en debida forma u oportunamente las acciones de cobro frente a los aportes tardíos,



será la directa obligada al reconocimiento de la prestación por su inacción» (CSJ SL 5665-2021)”.

Adicionalmente, la Corte en la sentencia SL 1116-2022 dijo:

“Se advierte frente al tema planteado que la Sala ha adoctrinado que para contabilizar períodos registrados en mora en la historia laboral, en caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas.”

En el caso bajo examine, se observa en la historia laboral expedida por COLPENSIONES actualizada al 02 de octubre del 2019 que el señor Pablo Emilio Teatino Olivos fue afiliado por su empleador “ABSERVIGIA LTDA” desde diciembre de 1995 a octubre de 1998 ciclo para el cual pasó la novedad de retiro; sin embargo, en medio de esa afiliación hay unos ciclos que aparecen en mora bajo la observación “Deuda presunta” como son los ciclos de enero a junio de 1996, de octubre a diciembre de 1996 y de marzo de 1997, frente a los cuales tal y como lo señaló el fallador de primera instancia, no existe prueba de que Colpensiones haya realizado el respectivo cobro al empleador y al no existir duda frente a la duración de la relación de trabajo como quiera que el empleador pasó la novedad de retiro para el ciclo de octubre de 1998, es claro que se deben habilitar estas semanas las cuales equivalen a 42 semanas, pues no puede verse afectado el trabajador.

Es así que contrario a lo indicado por Colpensiones en su recurso resulta clara la procedencia de tener como efectivamente cotizado el periodo bajo estudio que asciende a 42 semanas, las que sumadas a las 958.43, arrojan un total de 1000.43 semanas cotizadas por el demandante hasta el 31 de diciembre de 2014, reuniendo así los requisitos para ser beneficiario de la pensión reclamada en los términos del Acuerdo 049 de 1990.



En cuanto a la fecha de reconocimiento pensional, se evidencia que el demandante efectuó cotizaciones hasta el periodo de agosto de 2014, por lo que se entiende que para esa fecha tenía la intención de desafiliarse del sistema conforme lo ha indicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1190-2022; por lo que acertó el A quo al señalar que la pensión debe reconocerse a partir del 01 de septiembre de 2014 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, como quiera que sus cotizaciones de los últimos 10 años (art. 21 de la Ley 100 de 1993) se efectuaron sobre ese valor.

Debiendo señalarse que con la decisión proferida en primera instancia de ninguna manera se está afectando la sostenibilidad financiera de Colpensiones como quiera que era su obligación efectuar el cobro de los aportes en mora y tal y como se señaló en precedencia al no cumplir con su obligación debe asumir las consecuencias siendo la directa obligada al reconocimiento de la prestación pretendida.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que la pensión se reconoció a partir del **01 de septiembre de 2014** y que el demandante solicitó su reconocimiento ante Colpensiones el 23 de diciembre de 2015 (fl. 24) y radicó la demanda el 28 de febrero de 2018 como da cuenta el acta individual de reparto (fl. 31), es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el artículo 151 del C. P. del T. y de la S.S., por lo que acertó el A quo al declarar no probada la excepción de prescripción.

Retroactivo Pensional

Al efectuar las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidador se evidencia que acertó el A quo al señalar que Colpensiones adeuda al actor la suma de \$63'543.931 por el retroactivo causado entre el 01 de septiembre del 2014 y el 28 de febrero de 2021 y deberá Colpensiones continuar pagando las mesadas que se sigan causando.



Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2019-202-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARY MERCEDES ALVARADO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora María Claudia Tobito, 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 D.C., a los Treinta y un (31) días del mes de agosto 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 convocada como litisconsorte y la entidad demandada, revisa la Corporación la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante, la convocada como litisconsorte y la entidad demandada.

ANTECEDENTES

La señora MARY MERCEDES ALVARADO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que es

beneficiaria de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor Pablo Crespo, por lo que tiene derecho al pago de las mesadas pensionales desde el 14 de enero de 2018, día de fallecimiento del causante, junto con intereses moratorios. (fl. 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Pablo Emilio Crespo falleció el 14 de febrero de 2018, que ella y el causante contrajeron matrimonio el 14 de mayo de 1983 y fruto de tal unión procrearon a una hija quien a la fecha es mayor de edad, que el vínculo en mención se mantuvo vigente hasta la fecha de fallecimiento del señor Pablo y por cuestiones patrimoniales, ella y el causante liquidaron la sociedad conyugal el 23 de junio de 1996, acto que se realizó con el objeto de salvaguardar los derechos patrimoniales de cada uno, como quiera que el causante tenía hijos extramatrimoniales, que a pesar de tener conocimiento de que el señor Pablo tenía varias relaciones fuera del matrimonio, nunca se separó de él de hecho ni de cuerpo.

Afirma que la entidad demandada mediante resolución SUB 179907, le negó el reconocimiento pensional de sobreviviente y reconoció el mismo en un 100% a la señora Ana Margarita Garzón en calidad de compañera permanente del causante, desconociendo las pruebas que acreditaban su convivencia con el causante hasta la fecha de deceso y por ello interpuso los recursos contra el acto administrativo en mención, no obstante, dicha decisión fue confirmada (fls. 4 y 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La convocada como litisconsorte ANA MARGARITA GARZÓN, aceptó los hechos contenidos en numerales 1 a 3, 5, 8, 9, 11, 18, 19, 21 y negó los demás, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y no propuso excepciones de mérito. (fl. 43)

La Administradora Colombiana de Colpensiones, se opuso a la prosperidad pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 5, 9, 10, 11, 16, 18, 19 y 21 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración al pago de IPC o indexación, no configuración del derecho al

pago de intereses moratorios, carencia de causa para demandar y compensación. (fl. 139).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento condenó a Colpensiones a efectuar reconocimiento y pago de pensión se sobreviviente a favor de la demandante desde el 14 de febrero de 2018, en proporción del 50% de la mesada que percibía el causante y a razón de 13 mesadas, le ordenó igualmente efectuar el reconocimiento del restante 50% de la prestación a favor de Ana Margarita Garzón, debiendo la entidad realizar los trámites internos en aras de llevar a cabo el descuento de la mesada pensional a la señora Ana Margarita Garzón por cuanto disfrutaba del 100% de la prestación, sin afectar su mínimo vital, es decir dicho descuento debe garantizar la asignación mínima, hasta tanto se recaude el 100% de lo que percibió desde que le fuera reconocida la prestación, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la entidad demandada. (fl.172)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Para el caso el ciudadano Crespo Salamanca, la prestación reclamada se debe estudiar conforme al artículo 13 de la ley 797 el año 2003, toda vez que era la normatividad vigente al momento de su deceso que data del 14 febrero de 2018.

Así las cosas establece dicha la normatividad para el caso que nos ocupa que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado ya sea por vejez o invalidez o por riesgo común, que fallezca, dejando como beneficiarios vitalicios de esta prestación al conyugue o compañera permanente siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento tuviera 30 años o más e edad y acreditara la convivencia de al menos 5 años anteriores a la muerte, requisito este que se mantiene intacto indistintamente se trate de un afiliado o pensionado en la medida en que en ambos escenarios se muestre imperante comprobar si efectivamente hubo una unión, comunidad de vida de ayuda y socorro mutuo entre aquel y las personas que se presenten como sus beneficiarios, y que por lo tanto amerite acceder a esta pretensión para la protección el núcleo vital de la familia, tal y como lo ha entendido el programa de cierre de esta jurisdicción.

En sentencia del 21 de noviembre del año 2017 con radicado 48250 bajo los anteriores parámetros, entendiendo entonces que el querer del aquí demandante es obtener el reconocimiento de la prestación dada su calidad de compañera permanente porque así se esgrime en los hechos, procede el juzgado a justificar si se dan o no por cumplido los requisitos antes expuestos.

Al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes deprecada, inicialmente en lo que respecta a la aquí demandante Mercedes Alvarado indicando en primer lugar que de acuerdo a la prueba documental recaudada en especial del registro civil de matrimonio folio 8 es posible concluir con pleno grado de certeza que la actora Mercedes Alvarado contrajo matrimonio con el afiliado en el mencionado 3 Crespo Salamanca el 14/05/1983 vínculo que se finiquitó legalmente el 23 de junio del año 1996, conforme a la nota marginal del registro civil de matrimonio donde consta el divorcio realizado, seguidamente en lo que hace referencia a dicho presupuesto conviene precisar también que la convivencia se exige como requisito para que la compañera que ostenta la calidad de

beneficiario de las prestaciones pensionales de esta naturaleza, es así que es la establecida de manera responsable con miras a integrar una familia, siendo importante aclarar aquí y ahora que la evolución jurisprudencial en el ámbito de la seguridad social ha permitido la construcción de un criterio de convivencia, unidad de entidad propia acorde a la finalidad de las prestaciones para la protección del grupo familiar del afiliado se da bajo este derrotero, que deberá desarrollarse la valoración probatoria; de otra parte tampoco suscitó ninguna controversia al status de pensionado del señor Crespo Salamanca a quien la convocada a juicio le reconoció la pensión, a través del acto administrativo resolución emitida por la subdirección de beneficios y prestaciones económicas de Colpensiones bajo el radicado 49775 del 28 de abril del año 2017 y que milita en el expediente administrativo documental que no fuera desconocida ni refutada por lo tanto da fe de lo allí consignado folios 15 a 19.

Habiendo puesto entonces de presente lo anterior se adentrará este despacho judicial a verificar y a determinar si la aquí demandante María Mercedes Alvarado acredita o no los requisitos normativos y procesales para ser beneficiaria de la prestación económica reclamada donde se infiere en primer lugar la acreditación como compañera permanente del Señor Crespo Salamanca siendo éste el punto de controversia para la litis dado que se deberá demostrar en el plenario que la demandante convivió por más de 5 años antes del fallecimiento para lo cual se determinará en primer lugar la acreditación de la litis consorcio, la ciudadana Ana Margarita Aguilera la cual demostró dentro del expediente administrativo una convivencia durante 10 años tal y como da cuenta lo señalado en el acto administrativo previamente citado inicio a folios 85 a 89 emitido por la entidad de la demandada y por lo que se le reconoció el derecho pretendido ventilado a través de este trámite procesal, ahora bien respecto de la demandante María Mercedes Alvarado Escandón, se tiene como medios probatorios en aras de propender por sus pretensiones los siguientes documentales:

1. Registro civil de defunción del ciudadano Crespo Salamanca folio séptimo y octavo.
2. fotocopia de cedula de ciudadanía a folio 9.
3. Folio 11 a 13, resolución del 4 de septiembre del año 2018 por medios de la cual se le negó la pensión de sobrevivientes deprecada.
4. Folios 15 a 19 resolución con radicado 1799907 del 5 de julio del año 2018 la cual concede la pensión de sobrevivientes a las litis consorte necesaria a Margarita Garzón Aguilera folios 21 a 23 resolución 12556 del 17 de enero del año 2018 la cual le reconoce un auxilio funerario al aquí demandante Ana Mercedes Álvarez, folio 24 a 29 del registro fotográfico la presunta convivencia entre el señor Crespo Salamanca y la aquí demandante Alvarado Escandón.
5. Folios 30 a 31 contrato arrendamiento suscrito el 13 de abril del año 2012

A su vez, se cuenta con los testimonios que fueron recaudados en el trámite de este proceso en la audiencia del 21 de septiembre del año en curso de las ciudadanas Patricia Riaño y Andrea López quienes manifestaron ser vecinas y arrendadoras del aquí causante, indicando respectivamente la convivencia con el señor Crespo Salamanca y la demandante anterior a los 5 años de su deceso en los siguientes términos: Patricia Riaño indicó de manera clara y coherente ser vecina del causante aproximadamente por 8 años en los cuales afirmó que el ciudadano Crespo Salamanca departían fechas como Navidad, día de la Madre, reuniones comunales del conjunto donde vivían, que también tiene conocimiento de la convivencia del señor Crespo Salamanca con la demandante pues su hijo y el nieto tenían una estrecha relación de amistad la que se reflejaba cómo el señor Crespo Salamanca convivía con la señora Alvarado Escandón bajo el mismo techo compartiendo lecho.

La testigo Andrea López señaló ser la arrendadora del apartamento en donde tenían su domicilio la pareja conformada por el señor Crespo Salamanca y Alvarado Escandón, que los conocía hace más de 8 años, que mantenía una estrecha relación con la hija del causante y siempre lo vio departir como esposos, que parte del canon de rendimiento lo pagaba el señor pablo, que siempre que fue al apartamento los vio juntos asumiendo una relación de hogar de pareja normal, incluso en una de las visitas a la aquí causante, que Crespo Salamanca y la señora Alvarado la recibieron y fueron los que la motivaron a comprar el apartamento que posteriormente les arrendó. Es así que las pruebas documentales y de las pruebas testimoniales se logra demostrar que en ese a la separación causada para el año 1996 se pudo reflejar posteriormente un vínculo de convivencia afectiva y efectiva antes de la muerte del pensionado de conformidad a lo señalado en el artículo 13 de la ley 797 del año 2003 literal B, la cual señala que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes respecto de un pensionado el compañero o

compañera permanente con sociedad conyugal no disuelta y el hecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales e y b del citado artículo, dicha pensión se dividirá entre ellas, una proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, en caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge, una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo de aquél si no existiera convivencia simultánea se mantiene vigente la unión conyugal pero si hay una separación de hecho la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte lo correspondiente en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante.

Por lo expuesto entonces anteriormente y la normatividad citada, no se ajusta a lo señalado por la entidad demandada en el acto administrativo emitido por la subdirección de beneficios y prestaciones económicas bajo el consecutivo 179907 de julio del año 2018, la cual le negó el derecho pensional a la aquí demandante Alvarado Escandón por no haber acreditado una convivencia real, efectiva ininterrumpida y permanente con el ciudadano Pablo Emilio, esto durante los 5 años anteriores a su fallecimiento tal como se explicó en la citada providencia o en la citada jurisprudencia toda vez que quedó plenamente acreditado la convivencia simultánea lo que no justifica entonces que haya un trato diferente entre las compañeras pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo de manera simultánea por voluntad propia de la aquí causante en cabeza de la señora Escandón y la señora Ana Margarita; lo anterior con el fin de evitar que las personas que forman parte de la familia tal y como lo soporta el artículo 46 de la ley 100 de 1993 y que dependían patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en desamparo alguno a su vez es necesario indicar que si bien la norma que procede aplicar es la ley 797 del año 2003 por ser la vigente al momento del fallecimiento para poder estudiar la prestación que se predica, lo cierto es que se deben hacer por parte del operador jurídico pues una ponderación de igualdad en la aplicación de los artículos 13, 42 y 48 de la CP, teniendo en cuenta que para el caso de marras existe un conflicto entre compañeras permanentes en razón de la convivencia simultánea con él pensionado y de esta manera que el criterio para establecer la titularidad del derecho y la sustitución pensional se fundan el auxilio o apoyo mutuo convivencia efectiva y la vida en común hasta la muerte, así pues habiéndose acreditado plenamente la convivencia simultánea como lo es para el asunto que nos atañe, mal podría este operador no conceder a las titulares del derecho el reconocimiento pensional distribuido en partes iguales entre las compañeras permanentes con las cuales convivió varios años antes de su muerte, con una de ellas procreo hijos y a quienes prodigaba ayuda económica, lo anterior también tiene asidero el precedente jurisprudencial por el órgano de cierre de esta jurisdicción y de esta especialidad desde antaño.

Con las pruebas allegadas específicamente con la resolución SUB 12556 que reconoció un auxilio funerario a la aquí demandante, el contrato de arrendamiento suscrito entre el señor Crespo Salamanca y la aquí demandante Alvarado Escandón, ambos en calidad de arrendatarios folios 30 a 31, así mismo los testimonios traídos por la aquí demandante María Mercedes Alvarado acreditándose plenamente los requisitos previstos para ser considerada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pero además se estableció que la convivencia se mantuvo posterior al finiquito del vínculo matrimonial reflejado en las pruebas testimoniales y documentales que obran en el plenario y superando el término de los 5 años, ahora bien tampoco se podrá desconocer la calidad de compañera permanente de la Litis consorte, de la ciudadana Ana Margarita Garzón toda vez que demostró al momento de la solicitud de reconocimiento pensional folio 85 y 89 la convivencia permanente con el ciudadano Pablo Emilio Crespo y como lo recalco al responder la demanda en la documental aportada como tiquetes aéreos y folio 90 a 95, registro fotográfico, seguro exequial individual y así mismo testimonios quienes adujeron la convivencia, en tal sentido se expondrá entonces que la pensión de sobrevivencia deberá ser reconocida desde el momento en que la demandante llevó a cabo el proceso administrativo esto es desde la fecha del deceso teniéndose como la misma la ya señalada del registro civil de defunción, ello quiere decir también que al configurarse una convivencia simultánea como lo es el caso también deberá reconocérsele a la aquí demandante María Mercedes como beneficiaria a la pensión de sobrevivientes desde el 3 de mayo del año 2018 fecha en la cual como se dijo en líneas anteriores la demandada tuvo conocimiento de que existía otra beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, el reconocimiento se hace desde la fecha del deceso del demandante, este reconocimiento se deberá efectuar respecto al 50% de la mesada pensional reconocida al causante pablo Emilio Crespo en tal sentido entonces deberá señalarse que en atención a que la prestación económica la venía disfrutando tan solo la Litis consorte desde el 1 de marzo del año 2018 en un 100% y que por presentarse el término de la respectiva reclamación administrativa

se deberá reconocer la prestación pensional en el 50% de la mesada pensional desde la fecha del deceso a la demandante María Mercedes el 50% a Ana margarita garzón su calidad de Litis consorte necesario.

Retroactivo pensional

Con la demanda se solicitó el pago de las mesadas dejadas de percibir desde la fecha del fallecimiento del aquí demandante, razón por la cual deberá cancelarse el valor correspondiente de dicha calenda y desde que fuera el reconocimiento a Ana Margarita y hasta que subsistan las causas del mismo a la aquí demandante María Mercedes Alvarado Escandón, ahora bien teniendo en cuenta que corresponderá a Colpensiones como entidad pagadora ajustar el porcentaje del descuento que pueda percibir la Litis consorte necesaria sobre las mesadas dejadas de percibir respecto de María Mercedes y que le sean pagadas a la fecha teniendo en cuenta que dicho porcentaje no afecte el mínimo vital de la Litis consorte necesaria a Ana margarita la cual se le deberá descontar cierto porcentaje.

Intereses Moratorios

Estos son procedentes por el retardo del reconocimiento y pago de la mesada pensional o de las mesadas pensionales dejadas de percibir a luz del artículo 141 de la ley 100 de 1993 para el caso que nos ocupa es menester mencionar que la CSJ en sentencia SL 787 de septiembre del año 2013 reiteró que dicho pedimento no tiene vocación de prosperidad al advertirse un apego estricto de aplicación minuciosa a la legislación, así mismo el trámite interno que llevo tiempo y desgaste procesal por la accionada por consiguiente se absolverá de esta pretensión a la entidad demandada.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta lo anterior, viendo que la misma fue presentada como medio exceptivo de fondo, en tal caso no opera teniendo en cuenta la fecha del deceso del ciudadano pablo Emilio, esto 14 de febrero de 2018 y la fecha de reclamación por la aquí demandante María Mercedes Alvarado, donde se tiene que no ha transcurrido el termino trienal dispuesto por nuestra norma procesal del trabajo.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló Colpensiones**, señalando:

Que se tenga en cuenta la investigación que hizo mi representada para determinar los beneficiarios en el presente teniendo en cuenta que hubo una reclamación tanto como cónyuge, como de compañera permanente, téngase en cuenta que para presente solicitud además de poder corroborar la convivencia del fallecido con la señora particularmente con la señora María mercedes Alvarado, tenga en cuenta que la liquidación dentro del presente proceso administrativo de la señora, una liquidación de la sociedad conyugal desde el año 1996 por lo que a la demandante no le asiste ningún derecho en el sentido de solicitar reconocimiento de la prestación de sobrevivientes por no cumplir con los requisitos exigidos para acceder conforme a la normatividad 797 del 2003, igualmente cuando hay un conflicto entre beneficiarios es vedado por ley por Colpensiones que se pueda dirimir esta clase de conflictos; en ese sentido es imposible saber a ciencia cierta quién a futuro va a aparecer con un pretendido derecho como pasó en el presente proceso conforme se presentó una demanda formal a la solicitud que hace la señora Mary Mercedes Alvarado, el juzgador de instancia condena a mi representada desde el momento del deceso del señor pablo Emilio Crespo salamanca y en ese sentido solicitó al Honorable tribunal que si en caso que se resuelva a favor de la señora demandante, su reconocimiento se haga desde el momento en que se sepa o se esclareció la convivencia con el causante.

Por su parte, el apoderado de la convocada como litisconsorte Ana Margarita Garzón, recurrió señalando:

En el plenario obran pruebas meridianas respecto a la convivencia por más de 10 años continuos entre el causante y la señora Ana Margarita Garzón Aguilera como son las declaraciones extraproceso rendidas ante la Notaría 67 del Distrito 51 de Bogotá rendida por la señora Bertha Isabel Crespo salamanca aquí hago hincapié porque se trata de la hermana del causante a quien hay que dársele plena credibilidad, lo mismo que al señor Miguel Enrique Cabra Martínez cuñado del causante y ratificada a su despacho en audiencia virtual que se llevó a cabo el día 21/09/2021, asimismo no se analizan las declaraciones del proceso rendidas por la señora Luz Marina Santana y el señor Jairo Hernando salamanca Camargo ante la notaría 51 el día 15/10/2019 donde manifiestan ellos que fueron vecinos de la vivienda de la pareja conformada por la señora Ana margarita Garzón y el señor Pablo Emilio Crespo, asimismo la resolución SUB 179907 del 05/07/2018 expedida por Colpensiones donde se deja en claro la convivencia comprobada entre el causante y la señora Ana Margarita desde el año 2008 hasta el día 14/02/2018 fecha del fallecimiento de este, precisamente se pudo determinar con las acciones administrativas de Colpensiones que había una convivencia permanente a mi forma de ver señor juez de forma respetuosa quiero manifestarle que seguramente allí sí notaron y se aportaron pruebas fehacientes con el fin de que mi prohijada tuviera el derecho que le asiste en este momento como compañera permanente, de igual manera documentales arrojadas con la contestación de la demanda por la señora Ana Garzón como son la copia de afiliación como beneficiaria en salud en salud en calidad de compañera permanente ante la EPS Compensar, copia del registro de matrimonio expedido en la notaria 20 de Bogotá, donde aparece registrada la liquidación de la sociedad conyugal, no creo que la señora se haya separado y está plenamente demostrado que esta diligencia la liquidación de la sociedad conyugal con el fin de amparar situaciones patrimoniales de su hija concebida con el señor Crespo Salamanca, asimismo señor juez hay que notar que allí se hizo la liquidación de la sociedad conyugal mediante escritura pública 496 otorgada ante la notaría 57 del Circuito de Bogotá de fecha 03/07/1996, dentro del proceso de divorcio el demandante Mari Alvarado y Pablo Emilio Crespo número 1182 del 95 donde se dispuso la cesación de los efectos civiles.

Aquí tenemos una claridad meridiana respecto de la liquidación de la sociedad conyugal como tal en el orden económico e igualmente la cesación de los efectos civiles que quedaron debidamente borrados por llamarlo de alguna manera de un solo tajo con la intervención de la ex esposa del señor Crespo Salamanca, aquí no se entra a desvirtuar si él vivió o no vivió después de la liquidación y de la cesación de los efectos civiles, no está probado en ningún momento, no entiendo el despacho da plena credibilidad a los testimonios pero se desconoce desde plano los testimonios rendidos por la hermana del causante y por el cuñado de éste mismo que sí merecen la credibilidad, se encuentra acreditada y probada la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico entre la señora Mercedes Alvarado mediante sentencia o mejor mediante escritura pública y la disolución de la sociedad conyugal por escritura pública de 3 junio de 1996 ante la notaría 57, por ende se encuentra acreditada la convivencia de la señora Ana Margarita con el señor Crespo salamanca, como lo reconoció Colpensiones tanto en la resolución SUB 179907 del 05/06/2018 como en la resolución SUB 232839 del 04/09/2018 por medio de la cual se resolvió la solicitud de revocatoria directa y de entrada por la señora Mercedes Alvarado, quiere decir que también tuvo otra oportunidad ante los despachos judiciales para pedir la revocatoria directa y no prosperó porque no pudo demostrar su convivencia en los momentos previos a la muerte y mucho menos la convivencia no puede prosperar porque no probó la misma durante los últimos 5 años de existencia del señor Crespo Salamanca.

Nótese que no se presentó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Mercedes Alvarado, una vez analizada y revisada cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa como lo hizo Colpensiones, no fue posible confirmar la convivencia de Pablo Emilio con la señora Mercedes Alvarado desde el 14/05/83 hasta el 14/02/2018 fecha del fallecimiento del causante, no aportó historia clínica e información de los familiares del señor Pablo Emilio Crespo como sí lo hace en estos momentos mi prohijada, aportando pruebas que son de plena credibilidad porque se trata de hermano, hermana del causante y su cuñado que confirman su unión además los testigos que confirman la convivencia en su mayoría son aportados por la señora Mary de donde se desprende que no pudo probar la convivencia, si se acredita el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Ana margarita una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa, pues se logró comprobar que el señor Pablo Emilio y la señora Margarita Garzón Aguilera convivieron en unión libre por espacio de más de 10 años desde 2008

hasta el 14/02/2018 fecha de fallecimiento, igualmente dentro del registro civil de matrimonio presentado por la señora Mercedes Alvarado se evidencia la siguiente nota marginal: disolución conyugal 496 del 03/06/96 suscrita en notaria 57; de conformidad con lo anterior la sociedad conyugal de la señora Alvarado ya identificada y el causante Crespo Salamanca, fue liquidada, razón por la cual a la solicitante no le asiste derecho a la pensión de sobreviviente en ningún momento, que la solicitante en calidad de compañera permanente acredita la condición de beneficiaria establecido en la ley razón por la cual le fue procedente el reconocimiento de la sustitución pensional, debe negarse la pensión de sobreviviente al señor solicitante Alvarado Escandón en calidad de cónyuge por cuanto hubo liquidación a la sociedad conyugal y la investigación administrativa no se logró establecer una convivencia desde los últimos 5 años anteriores al deceso, esto es destacar por cuanto no está probada la convivencia mínima durante esos 5 años, respecto a los testigos aportados por la señora Mercedes Alvarado se nota que son amigas cercanas de la hija mayor del causante Jennifer Crespo Alvarado pero no les consta la convivencia el señor pablo Emilio y la señora Mercedes Alvarado por cuanto no acreditaron de manera clara, completa dicha convivencia teniendo en cuenta que la señora Margarita Garzón anexó registros fotográficos como lo dijo el señor juez y demás documentales donde demuestran la convivencia y como participaban y compartían inclusive Margarita con la hija del señor Crespo y el hijo de esta, en la contestación de la demanda se aportaron copias de los seguros de previsión exequial, el señor Pablo había adquirido esas pólizas y cubría un grupo familiar constituido por su padre, madre, cónyuge Ana margarita Garzón y su hija Jennifer Crespo Alvarado y que reportaba como dirección de residencia la calle 78D # 118-10 bloque 6 interior 12 casa de la residencia de su compañera permanente Ana margarita en los años 2009 a 2015 con cobertura hasta el 26/11/2018.

En la versión de la señora Mercedes Alvarado respecto a que el causante dejó una deuda a cargo de la señora Garzón, nunca acreditó dicha deuda, ni en el escrito de la demanda ni de manera posterior mediante algún título valor o testimonios claros precisos de la obligación pendiente de pago, no se puede dar credibilidad a esto, respecto al tema del contrato de arrendamiento del inmueble ubicado en la calle 79 número 111 a 71 apartamento 401 Int 8 suscrito el 13/04/2012 como coarrendatario por el señor Pablo Crespo, nótese que en ningún momento se está haciendo un ocultamiento, él sí sirvió como coarrendatario para que allí viviera seguramente su exesposa y su hija Jennifer pero asimismo se les denota con claridad meridiana que la dirección que reposa allí como lo dije en otra oportunidad es la de la casa donde él convivía y vivía bajo el mismo lecho con su compañera permanente Margarita Garzón, esto no se puede desconocer de ninguna manera porque conlleva a la verdad verdadera, es decir el señor Crespo en el momento de firmar dicho contrato para que una de las testigos que después compró un apartamento no le puede dar la credibilidad y pues registro como dirección la de la casa donde vivían con Ana Margarita es el caso mencionar que en el formato de afiliación de beneficiarios radical 14/02/2012 compensar Eps, el causante manifestó bajo la gravedad de juramento convivía hacia 44 meses con la señora Margarita y anexó un acta de declaración donde manifiesta que ya no tenía nada que ver con la señora Diana Perdomo Sánchez conforme a lo anterior expuesto me permito solicitar al magistrado ponente que corresponda por reparto conceder de manera definitiva la pensión de sobreviviente a la señora Margarita como compañera permanente del causante al estar acreditada la convivencia permanente ininterrumpida superior a 10 años hasta la fecha del fallecimiento del causante conforme con las pruebas testimoniales y documentales aportadas con la contestación de la demanda y en la audiencia del 21/09/2021 ya que la señora demandante no logró probar la convivencia con el causante en los últimos 5 años.

CONSIDERACIONES

En consonancia con los recursos de apelación formulados, la sala determinará si la demandante acreditó la convivencia alegada con el señor Pablo Emilio Crespo para considerarse beneficiaria de la sustitución pensional reclamada.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Pablo Crespo, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 14 de febrero de 2018 (fl. 7), también quedó fuera de debate que la demandante se unió en vínculo matrimonial con el señor Crespo el 13 de julio de 1983, que mediante providencia del 29 de julio de 1996, proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá y visible a folio 68 del plenario, se dispuso la cesación de efectos civiles del matrimonio conformado por la actora y el causante, así como la disolución de la sociedad conyugal.

Aunado a lo anterior, tampoco ofreció reparo la calidad de beneficiaria que ostenta la convocada como litisconsorte al trámite procesal, señora Ana Margarita Garzón de la prestación de que disfrutaba el causante, calidad a que no se opone la demandada y reconoció en resolución SUB 179907 del 5 de julio de 2018 (fl. 85), mediante la cual le reconoció derecho pensional a esta con ocasión del fallecimiento del señor Pablo Crespo a partir del 14 de febrero de 2018.

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 observa que a efectos de acreditar la convivencia con el causante, la señora Mary Mercedes Alvarado, allega registro civil de matrimonio con este, vínculo que se probó fue disuelto en el año 1996; ahora bien, en cuanto al requisito de convivencia que alega esta sostuvo con el causante a pesar de la disolución de la sociedad conyugal, se tiene que se recibieron las declaraciones en primer lugar de Patricia Riaño, quien señala haber sido vecina del señor Pablo y su núcleo familiar, el que relaciona se encontraba conformado por la aquí demandante, su hija Jennifer Crespo Alvarado y el hijo de esta última y nieto de la pareja, que siempre vio a la demandante como al señor Crespo en relación de pareja y crearon dicho vínculo de amistad por cuenta del nieto de ellos y el hijo de la testigo, quienes eran contemporáneos, señala que los conoce hace más de 10 años.

La testimonial vertida por la señora Andrea Pérez, igualmente dio cuenta de dicha relación de pareja entre el actor y la señora Alvarado, quien manifestó conocerlos hace aproximadamente 10 años y que los visitaba frecuentemente

por la relación de amistad que tenía con su hija Jennifer, al igual que la testigo Patricia, señaló que el causante convivía con la demandante en relación de pareja, su hija y su nieto, que ella compró el apartamento en que convivía la familia y el canon de arrendamiento era cubierto por el señor Crespo y la señora Alvarado.

Es así como contrario a lo señalado por la demandada y la litisconsorte en su recurso y alegaciones, para el caso de la demandante sí se logró probar la convivencia de esta con el señor Crespo por un lapso superior a los 5 años exigidos por la normatividad aplicable, testimoniales que si bien son cuestionadas por el apoderado de la señora Margarita, no fueron objeto de tacha en oportunidad pertinente, como tampoco contrainterrogadas por la entidad de seguridad social demandada ni por la convocada como litisconsorte, evidenciándose que el dicho de las testigos en mención, guarda relación con las fotografías que visibles de folios 24 a 27 allegadas por la demandante y que dan cuenta de la convivencia familiar de esta con el señor Crespo, su hija y su nieto en varios espacios de esta índole como viajes, celebraciones de grado y cumpleaños entre otras y una de estas imágenes data del año 2016, esto es, 2 años anteriores a la muerte del causante, lo que permite concluir que a pesar de la cesación de efectos civiles de la unión de esta pareja, continuaron una comunidad de vida en pareja.

De igual manera, a folio 30 del plenario obra contrato de arrendamiento de vivienda urbana suscrito el 12 de abril de 2012 en el que obran como arrendatarios la demandante y el causante respecto al cual si bien el apoderado de la litisconsorte en su recurso indica que el mismo fue suscrito por el señor Crespo con motivo de un favor que le hiciera a la demandante, de tal afirmación no obra prueba alguna, contrario sensu tal documental permite inferir que en efecto la demandante y el causante convivían en el mismo hogar y si bien la testimonial vertida por la señora Bertha Crespo, hermana del causante afirmó que este no tenía relación sentimental alguna con la actora, lo cierto es que del análisis en conjunto de las pruebas referidas se llega a conclusión distinta, sin que se pueda dejar de lado que igualmente fue a la aquí demandante a quien se le reconoció auxilio funerario a través de resolución SUB 12556 del 17 de enero de 2019 expedida por la demandada, lo que denota que contrario a lo indicado por la testimonial vertida por la mencionada testigo, la demandante y el actor sí tenían contacto posterior a la

disolución de la sociedad conyugal y contrario a lo indicado por el apoderado de la señora Margarita, el testigo Miguel Cabra, manifestó no constarle si después de la separación legal de la actora y el señor Pablo, estos continuaron su convivencia de pareja.

De otra parte y si bien quedó probada la disolución de la sociedad conyugal conformada por la demandante y el señor Crespo, lo cierto es que contrario a lo indicado por las recurrentes, ello no es óbice para que de demostrarse como en este caso, la continuación de los lazos afectivos propios de la relación de pareja, luego de dicha disolución, se excluya a la ex cónyuge como beneficiaria de la prestación reclamada y así lo reiteró la Sala Laboral de la CSJ en sentencia radicado SL3251 de 2021, M.P. Jorge Quiroz, señalando al respecto:

*En este punto, se hace necesario advertir que si bien la sociedad conyugal constituye el régimen patrimonial del matrimonio y nace de él, **su disolución y liquidación no pone fin al vínculo matrimonial, como equivocadamente lo entiende la recurrente, pues aquel continúa vigente hasta tanto se declare su nulidad o se presente una de las causas de disolución previstas en el art. 152 del CC, norma que establece que el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado, mientras que el religioso por el decreto de la cesación de sus efectos civiles y, además, por los cánones y normas correspondientes al ordenamiento religioso. En este asunto, la única de esas causales que se evidencia probatoriamente, es la muerte de uno de los cónyuges.***

Por lo anterior, no se equivocó el Tribunal al concluir que el vínculo matrimonial de María Eva Gerena de Riveros con el pensionado Carlos Antonio Riveros Espinosa estuvo vigente hasta la fecha en la que éste falleció, el 29 de septiembre de 2013, pues así se desprende del registro civil de matrimonio allegado al proceso (f.º 130), que no cuenta con anotaciones de divorcio o nulidad o cesación de efectos civiles del matrimonio, sin que pudiera considerarse lo contrario de la escritura pública n.º 3010 del 20 de octubre de 2009 (f.º 257 a 287), mediante la cual los cónyuges disolvieron y liquidaron ese día la sociedad conyugal, como se lee en la segunda manifestación de la misma y a la que hace alusión la tercera, de donde no se sigue de manera alguna la disolución del vínculo matrimonial, sino de su régimen patrimonial, sin que se derive de las pruebas calificadas acusadas, una conclusión distinta. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se puede determinar que el vínculo matrimonial de la actora se mantuvo **indemne** hasta la fecha de fallecimiento del señor Pablo Crespo, pues únicamente se extinguió el régimen patrimonial de este, razón de más para concluir que contrario a lo indicado por las recurrentes, la decisión de primer grado, en cuanto concluyó que la demandante era beneficiaria de la pensión de que disfrutaba el señor Pablo Crespo.

Ahora en cuanto a la fecha de reconocimiento pensional a favor de la aquí demandante se tiene contrario a lo indicado por la entidad recurrente, no

puede ser otra distinta a la fecha de fallecimiento del señor Pablo Crespo, en virtud de la normatividad que regula la pensión reclamada, por lo que en este aspecto, se **confirmará** la sentencia de primer grado.

Prescripción

Como bien lo señaló el juzgador de instancia, resulta claro que atendiendo a la fecha de fallecimiento del señor Luis Eduardo Vargas, 14 de febrero de 2018, el fenómeno prescriptivo, no transcurrió en el presente atendiendo a que la señora Mary Alvarado, presentó reclamación para el reconocimiento y pago de esta prestación el 3 de agosto de 2018 (fl. 11), siendo radicada la presente acción judicial el 14 de marzo de 2019 (fl. 33).

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 apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .

Aclaración de voto



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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2020-00083-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAVIER MUÑOZ MUÑOZ

DEMANDADO: UGPP

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **RICHARD GIOVANNY SUÁREZ TORRES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.576.294 y tarjeta profesional No. 103.505 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S., como apoderado principal de la UGPP y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. **MARÍA ALEJANDRA BARRAGÁN COAVA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.300.940 y tarjeta profesional No. 305.309 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de junio de 2021.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JAVIER MUÑOZ MUÑOZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que le asiste el derecho a la INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL desde el 07 de abril de 1993 cuyo valor correspondió a \$312.986, valor que debe ser indexado con los ajustes del IPC al 14 de julio del 2014 fecha de cumplimiento de los 60 años de edad y hasta el año que se haga efectivo su pago; se le reajuste la pensión de vejez incluyendo el reajuste de la mesada adicional; se le reconozca y pague el retroactivo adeudado producto de la INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL con los aumentos anuales del IPC hasta cuando se le comience a pagar la pensión indexada, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 297).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 14 de junio de 1954, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2014; que laboró en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por 10 años, 9 meses y 6 días ostentado la calidad de trabajador oficial; que el último cargo desempeñado fue el de jefe de Agencia; que el último salario devengado fue de \$544.294 y el promedio de \$775.000; que el empleador terminó el contrato de manera unilateral y sin justa causa; que al momento de la terminación del contrato era beneficiario del régimen de transición; que presentó demanda ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá; que el 09 de febrero de



1996 el juzgado condena a indemnización y pensión sanción bajo los parámetros de la Ley 171 de 1961; que se determinó que la pensión era de \$312.986,97; que el 26 de julio de 2014 elevó la solicitud de reconocimiento pensional conforme al fallo del Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá; que mediante la Resolución N° RDP 028170 del 10 de julio de 2015 proferida por la UGPP se le negó el reconocimiento de la pensión deprecada; que el actor presentó recurso de reposición y en subsidio apelación; que posteriormente mediante la Resolución RDP 033157 del 08 de septiembre de 2016 la UGPP le reconoce pensión de vejez en cuantía de \$312.986 a partir del 14 de julio de 2014; que el 19 de diciembre de 2016 el consorcio FOPEP informa al actor que a partir de diciembre de 2016 será incluido en nómina; que el 25 de marzo del 2017 solicita reliquidación de su pensión, lo cual le fue negado por la UGPP; que actualmente viene devengando una mesada pensional de salario mínimo. (fls. 298 a 315).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 4, 5, 7, 10, 11, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 30 y 31; dijo que el 18 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación demandada, prescripción, falta de requisito de procedibilidad y buena fe. (CD fl. 322).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, a REAJUSTAR E INDEXAR el valor de la primera mesada pensional del demandante señor JAVIER



MUÑOZ MUÑOZ reconociéndole en forma definitiva la prestación en la cantidad de \$2.051.173 moneda corriente a partir del 14 de JULIO de 2014, junto con sus incrementos legales año a año y las mesadas ordinarias y adicionales correspondientes, quedando la pensión definitiva para el año 2021 en la cantidad de \$2.719.453 pesos.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, a reconocer al señor JAVIER MUÑOZ MUÑOZ la cantidad de CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$148.328.600), por concepto de retroactivo de las diferencias pensionales causado entre el 14 de julio de 2014 a 31 de mayo de 2021, y los mayores valores que en lo sucesivos se causen hasta la inclusión en nómina de pensionados, de conformidad con la parte motiva del presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP a INDEXAR el retroactivo pensional causado sobre cada mayor valor de la mesada pensional, desde que cada obligación se hizo exigible y hasta el momento de la inclusión en la nómina del pensionado se haga efectivo su pago.

CUARTO: CONDENAR, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, a ELABORAR el cálculo ACTUARIAL, que corresponde en forma personalizada al demandante, registrando en dicho cálculo, la actualización de la prestación reseñada en el numeral primero anterior, con sus reajustes de orden legal a la fecha y las diferencias pensionales causadas desde su reconocimiento, hasta que se haga efectivo el incremento aquí ordenado.

QUINTO: CONDENAR, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP a realizar los trámites interinstitucionales para que la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, APRUEBE el cálculo actuarial correspondiente y transfiera al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional FOPEP, los recursos necesarios para cancelar al señor JAVIER MUÑOZ MUÑOZ la mesada pensional reconocida y reajustada, conforme a la motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, Liquidense por secretaría e inclúyase la suma de DIEZ MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$10.500.000.00), por concepto de agencias en derecho, por lo expuesto en la motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta, ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en caso de no ser apelada la presente decisión, teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 69 del C.P.T.S.S., modificado por



el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, y atendiendo los argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia de Tutela proferida el 9 de junio de 2015, dentro del radicado No.40200.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no se discute que el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá le reconoció mediante sentencia del 09 de febrero de 1996 una pensión sanción por cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961, en la cual se estableció como primera mesada pensional la suma de \$312.986, 97; decisión que fue confirmada por el Tribunal de Cundinamarca. Que el actor cumplió los 60 años de edad el 14 de julio de 2014; que la sentencia señaló que la pensión debía reconocerse a partir del 14 de julio de 2014 y que no podía ser inferior al SMMLV. Que la UGPP mediante la Resolución RDP033157 del 08 de septiembre de 2016 le reconoció la pensión sanción en cuantía inicial para el año 2014 de \$312.986. Que el actor pidió la reliquidación de la primera mesada pensional, sin obtener una respuesta favorable por parte de la UGPP. Indica que la línea jurisprudencial de la CSJ dice que se debe indexar la base salarial de las pensiones legales y extralegales, por lo que no existe razón para no reconocerle al actor este derecho. Que en la sentencia del Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá la cual confirmó el Tribunal de Cundinamarca no se hizo ninguna manifestación sobre la indexación de la primera mesada pensional, por lo que si es procedente reconocerla en este proceso. Que se debe ordenar la indexación de la primera mesada pensional del actor lo cual arroja para el año 2014 la suma de una primera mesada pensional por valor de \$2'051.173. Que se debe condenar a la demandada a pagar las diferencias entre la mesada que ha venido pagando y la aquí reliquidada. Que se debe condenar a pagar las diferencias adeudadas debidamente indexadas al momento en que se efectúe su pago. Que se debe declarar no probada la excepción de transcripción, pues no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en la norma.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que se debe condenar al pago de intereses moratorios, pues el actor ha tenido que



demandar para que se le reconozca su derecho pensional e indica que la CSJ ha señalado que es factible reconocer intereses moratorios.

La demandada **UGPP** interpuso recurso de apelación señalando que reitera los argumentos expuestos tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos para que sean parte integral del recurso de apelación. Indicó que mediante la Resolución 033357 del 2016 se dio cumplimiento a la orden del fallador reconociendo una pensión restringida en favor del demandante. Indica que el Tribunal en su sentencia tuvo en cuenta la fecha de vinculación laboral, los valores devengados y dio orden de cumplimiento concreto en lo referente a la mesada pensional con una fecha determinada de efectividad. Que a la fecha de efectividad de la pensión – 14 de julio de 2014-; fecha en que el demandante cumplió los 60 años de edad, la cuantía de la pensión era de \$312.986,97 teniendo en cuenta la orden impartida, siendo este valor inferior al salario mínimo. Que la UGPP le ha reconocido una mesada de salario mínimo. Que los reajustes se realizaron de manera oficiosa según la variación del IPC del año anterior, por lo que no hay lugar a indexar la primera mesada pensional. Que no es procedente que la entidad desconozca una orden judicial que haga tránsito a cosa juzgada. Que no puede confundirse la indexación de la primera mesada pensional con los reajustes legales de las pensiones éstos tienen como finalidad evitar que la mesada pensional se vea afectada por la devaluación de la moneda. Que no es procedente indexar la primera mesada pensional, pero sí ajustarla anualmente lo que ha sido efectuado de manera oficiosa por la entidad.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que el problema jurídico se centra en determinar si se debe condenar a la **UGPP** a indexar la primera mesada pensional del señor **JAVIER MUÑOZ MUÑOZ** y, como consecuencia, condenarlo a pagar las diferencias mensuales que de tal cálculo resulten.

Status Pensional



No se discute el status de pensionado del actor, lo cual se corrobora con la resolución RDP No. 033157 del 08 de septiembre de 2016 en la cual se establece que al demandante **JAVIER MUÑOZ MUÑOZ** le fue reconocida una pensión restringida de jubilación en cumplimiento a un fallo judicial, en el cual se fijó como primera mesada pensional la suma de \$312.986,97 mensuales a partir del 14 de julio del 2014 (fls. 332 a 336 del archivo 00. 11001310503020200083000)

Indexación de la primera mesada pensional

En el presente caso, la parte activa solicita se le reconozca y pague la reliquidación de la pensión restringida de jubilación que le fue reconocida por la demandada; señalando que en el proceso anterior, en el cual se condenó a la accionada al reconocimiento y pago de la pensión restringida, no se discutió la indexación de la primera mesada pensional; solicitud con la cual no está de acuerdo la parte demandada quien sostiene desde la contestación de la demanda que el reconocimiento de la pensión restringida del actor se hizo con base en la liquidación efectuada en las sentencias proferidas dentro del proceso Radicado N° 17.874 adelantado ante el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

Para dilucidar la controversia jurídica, se debe tener en cuenta que dentro del proceso bajo el radicado N° 17.874 mediante sentencia del 09 de febrero de 1996 (fls. 221 a 229) se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión restringida en favor del actor por cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961; señalando que condenaba al pago de \$312.986,97 mensuales a partir del 14 de julio del 2014 fecha en la cual el actor cumpliría los 60 años de edad, debiendo tenerse en cuenta que la mesada no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente para ese año.

Decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 04 de junio de 1998, en cuya sentencia no se discutió lo referente a la pensión restringida sino la absolución del *A quo* frente al reintegro y la indexación de la suma ordenada a título de indemnización por despido sin justa causa. (fls. 230 a 235)



Una vez revisadas las sentencias proferidas dentro del proceso bajo el radicado N° 17.874, tanto en primera como en segunda instancia, se puede constatar que tal y como lo afirma el fallador de primera instancia, en ellas no se discutió la indexación de la primera mesada pensional, por tanto, no existe cosa juzgada frente a este tema, como lo señala la UGPP en su recurso, y por tanto puede ser estudiada en el presente proceso.

Ahora, para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si es procedente o no ordenar la indexación de la primera mesada pensional del actor, se debe comenzar por señalar que de antaño la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reconocido la indexación de la primera mesada pensional, primero, para aquellas pensiones que se causaron con posterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991 (sentencia radicado 29022 del 31 de julio de 2007) y posteriormente, extendió este beneficio a todo tipo de pensiones causadas antes o después de la Constitución Política (sentencia SL 736-2013).

En definitiva, ha dicho la CSJ para justificar el cambio jurisprudencial y extender el beneficio de la indexación de la primera mesada pensional a todo tipo de pensiones, en la sentencia SL 2695-2022 que:

“la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.



Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.”

Asimismo, ha explicado la Corte en la sentencia SL 2389-2022 la diferencia entre la indexación del ingreso base de liquidación y el reajuste anual pensional, señalando que la indexación de la primera mesada pensional busca la actualización de la base salarial de liquidación de la pensión, es decir, que el salario con que se liquida la pensión no sufra pérdida alguna en su poder adquisitivo en razón del tiempo transcurrido desde la fecha de terminación de la prestación de los servicios del trabajador y la fecha en que se reconoce la pensión, mientras que con el reajuste anual se busca que la pensión al ser una prestación de tracto sucesivo no vaya perdiendo el poder adquisitivo con el transcurso del tiempo.

De modo que se equivoca la apoderada de la UGPP cuando señala que no hay lugar a indexar la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que dicha entidad ha efectuado los ajustes anuales, pues como ya se explicó son diferentes.

Es necesario tener en cuenta que las sentencias proferidas dentro del proceso N°17.874 datan del del 09 de febrero de 1996 (fls. 221 a 229) y del 04 de junio de 1998 (fls. 230 a 235) y, que conforme lo dispuso la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ del 20 de abr. de 2007, rad.29470, y las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, en estos casos en que la pensión se reconoce en el año 2014 con el salario devengado en el año 1993, es procedente contrario a lo pretendido por la UGPP en su recurso la indexación de la primera mesada pensional.

De ahí que acertó el fallador de primera instancia cuando procedió a indexar la primera mesada pensional del actor teniendo en cuenta que dentro del proceso N°17.874 se estableció como valor de la mesada la suma de



\$312.986,97, suma a la cual se le aplica la fórmula¹ establecida por la CSJ la cual es:

$$\mathbf{VA = VH \times IPC \text{ Final } / IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Ingreso base de cotización

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad anterior a la de la fecha de causación de la pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad que corresponda al último salario o desvinculación.

Una vez revisadas las operaciones aritméticas realizadas por el fallador de primera instancia las cuales se adjuntaron a folio 326, se evidencia que acertó el fallador de primera instancia cuando señaló que el actor tenía derecho a una mesada inicial para el año 2014 de \$2'051.173 y que la UGPP debe pagar por retroactivo pensional por las diferencias causadas entre la mesada reliquidada y la que venía pagando entre el 14 de julio de 2014 y el 31 de mayo del 2021 la suma de \$148'328.600, debiendo pagar además las diferencias que se sigan causando hasta que incluya en nómina al actor con la mesada aquí reliquidada.

Indexación de las diferencias pensionales

Ante la evidente devaluación monetaria es claro que las diferencias pensionales se deben pagar de manera indexada desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

¹ Sentencia SL 2270-2021



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2018-191-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: DIRXON ALFONSO MOLINA GOMEZ

**DEMANDADO: INVERSIONES CÁRDENAS MI SAS Y TAXIS
VERDES SA**

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

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso
de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada TAXIS VERDES
SA , contra la decisión proferido por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el
día cuatro (4) de abril de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se declaró NO
probada la excepción de cosa juzgada (Expediente Digital). Se aclara que el
proceso fue enviado por el Juzgado 12 al juzgado 41 en virtud de acuerdo de
descongestión.

HECHOS

El señor **DIRXON ALFONSO MOLINA GÓMEZ**, actuando a través de apoderado,
instauró demanda ordinaria laboral en contra de **INVERSIONES CÁRDENAS MI
SAS Y TAXIS VERDES SA** para que se declare que entre él y la sociedad
INVERSIONES CARDENAS M.I. SAS existió un contrato de trabajo desde el
primero de julio de 2014 hasta el mes de septiembre de 2016, fecha en que no se le
continúo pagando sus salarios ni asignando funciones, es decir, hubo un despido
tácito sin justa causa, que la sociedad Taxis Verdes SA, era la usuaria del servicio
prestado por el demandante, que al momento del despido el demandante contaba
con estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, solicita reintegro, pago de y
prestaciones sociales, vacaciones a que hubiere lugar y aportes al sistema de

seguridad social integral, auxilio de transporte, sin solución de continuidad, indemnización de que trata el Art. 26 de la ley 361 de 1997 costas, indexación. En forma subsidiaria solicita indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, intereses sobre las cesantías, indemnización por falta de pago de los intereses sobre las cesantías, prestaciones vacaciones, indexación. (Expediente Digital).

Como fundamentos de las pretensiones se afirma que se suscribió contrato en las fechas indicadas para el cargo de que el 20 de julio de 2014, en ejercicio de sus funciones de inspector de ruta, sufrió un accidente de trabajo que las labores beneficiaban a la sociedad Taxis Verdes SA, Inversiones Cárdenas era una simple intermediaria, que el contrato de trabajo le fue terminado unilateralmente el día 31 de octubre de 2015, por la sociedad INVERSIONES CARDENAS SAS, estando en espera de dictamen de pérdida de capacidad laboral, que interpuso acción de tutela el día 11 de noviembre de 2015, que fue reintegrado en el cargo de auxiliar de ventas, que luego de un accidente fue despedido, sin que le hayan cancelado lo correspondiente.

Al contestar la demanda la empresa TAXIS VERDES SA propuso la excepción de cosa juzgada, toda vez que se realizó conciliación por \$56.000.000.

El Juez 41 laboral del Circuito, en la decisión que hoy revisa la Sala la declaró no probada, afirmando, en síntesis: *“... se refirió al art 303 del CGP, sobre los requisitos de la cosa juzgada, señaló que la cosa juzgada se aplica en virtud de la seguridad jurídica y conforme a ello es decir de acuerdo con las normas y la reiterada jurisprudencia al respecto y enumerando los requisitos para que exista, afirmó que si bien se allegó un acta de conciliación se observa que se cumple el primer requisito, pues existía un conflicto, en cuanto al segundo requisito sobre identidad de partes, se observa que el demandante y taxis verdes si realizó una conciliación, por lo que también se cumple el requisito de identidad de partes. Frente a la identidad de hechos observa que los mismo no son iguales, pues allí se trató de un accidente que le originó al actor unas secuelas, no solo a él sino a otras personas de su núcleo familiar. Cita la conciliación en cuanto a los hechos allí descritos y observa que ese conflicto es diferente al que se suscita en este proceso, pues si bien hay algunos hechos similares aca no se busca indemnización plena por accidente de trabajo, ya que la primera pretensión en este proceso es la declaración de un contrato de trabajo con Inversiones Cárdenas, y que taxis verdes era la beneficiaria del servicio. en general lee las pretensiones de la demanda y concluye que cotejadas las pretensiones y los hechos estos no son iguales, no se discutió cuando se concilió la existencia de contrato ni solidaridad ni nada de lo que aca se reclama, solo se conciliaron las secuelas de un accidente no hay entonces identidad de objeto ni de causa. Reitera que así existan algunos hechos similares las pretensiones son diferentes....”*

Inconforme con esta decisión el apoderado de TAXIS VERDES SA, interpone recurso afirmando: *“... Si bien es cierto coinciden unos eventos y otros no los aspectos sobre los que recaen la cosa juzgada si se dan, porque básicamente el señor demandante establece en la conciliación que es un pasajero no trabajador y eso requiere un análisis y es el mismo actor el que modifica ahora la petición tratando de desconocer la conciliación para beneficiarse. La cosa juzgada se caracteriza por los hechos que motivan la misma circunstancia y no el de la*

pretensión y es el mismo actor que sustenta esta acción en los mismos hechos reconociendo un empleador diferente a taxis verdes. Entonces si es el mismo hecho salta de manera clara que lo que se busca es eludir la figura que el mismo convocó y se estaría burlando así la cosa juzgada cuando es el actor quien busca cambiar alterando las pretensiones pues existe un objeto similar y una causa que es la misma luego si se cumplen los presupuestos, pues se alteran solamente las pretensiones que en principio había hecho a inversiones cárdenas y ahora las hace a taxis verdes, pues las partes no pueden alterar las pretensiones para beneficiarse....”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS.

Bien, la figura de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, **al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial.** En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores. Es por lo anterior que se debe verificar la existencia de los requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, esto es, **la identidad jurídica respecto del objeto causa y partes intervinientes**, entre los dos procesos; requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, so pena de quebrantarse los derechos de los trabajadores.

Efectivamente es en el artículo 303 del CGP es el que consagra cuando una sentencia tiene efectos de cosa juzgada; esto es: **i) cuando el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto**, ii) cuando se funde en la misma causa que el anterior y iii) cuando en ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Para la Sala es claro y evidente que en este caso y tal como señaló el Juez, no está acreditados todos los elementos señalados en los numerales descritos; específicamente el que resalta la Sala.

Efectivamente el artículo 303 del CGP, es el que consagra cuando una sentencia- en este caso conciliación-; tiene efectos de cosa juzgada; esto es: **i) cuando el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto**, ii) **cuando se funde en la misma causa que el anterior** y iii) **cuando en ambos procesos haya identidad jurídica de partes.**

En este caso salta a la vista, lo único que existe es identidad jurídica de partes, puesto que lo acá reclamado no se vislumbra tan siquiera mencionado en el acuerdo y contrario a lo afirmado por el recurrente las partes pueden presentar nuevas pretensiones a las autoridades judiciales, quienes se encargaran de definir las, sin que esto implique desconocimiento de los acuerdos antes celebrados, o burla a ellos, porque como el mismo recurrente afirma, son pretensiones diferentes, a las que fueron objeto de la conciliación; por lo que no existe identidad de objeto y menos aún se funda en la misma causa, pues aunque y eso también lo estudió el Juez, aunque existen algunos hechos similares, son sustancialmente diferentes los ahora sometidos a la definición del Juez del Trabajo y la Seguridad Social; siendo claro que allí lo narrado es un accidente de tránsito que dio lugar al pago de una indemnización dadas las lesiones que sufrió el actor.

Efectivamente en el expediente aparece la conciliación suscrita entre las partes, en donde lo reclamado fue una indemnización no pagada por la aseguradora y ante un accidente de tránsito que sufrió el demandante y en donde se discutía si tenía la calidad de pasajero del vehículo o de trabajador de Inversiones Cárdenas por parte de la aseguradora. Eso fue lo conciliado una suma indemnizatoria para el trabajador su compañera e hijos antes las lesiones sufridas en el accidente, nunca la existencia de un contrato de trabajo, con Inversiones Cárdenas, pago de prestaciones, reintegro ante despido estando amparado por estabilidad laboral reforzada y responsabilidad solidaria de Taxis Verdes SA en esas posibles condenas.

Entonces definitivamente lo solicitado en este caso; difiere en objeto y causa de lo pactado en el acuerdo; razones que llevan a la Sala a **CONFIRMAR** el auto apelado, sin más consideraciones por innecesarias.

Sin costas en la alzada.

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

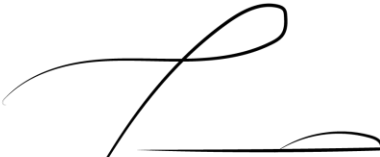
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

**LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN
LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.**



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY