



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2022-00173-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR QUIÑONEZ
DEMANDADO: COLFONDOS S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de noviembre del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL PILAR QUIÑONES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que el causante YOJAN DANILO SARMIENTO QUIÑONES (q.e.p.d.) al



momento de su fallecimiento el día 15 de febrero del 2015, estaba afiliado a COLFONDOS S.A.; que se DECLARE que el causante durante los últimos 3 años antes de su fallecimiento cotizó a Colfondos más de 50 semanas; se DECLARE que es beneficiaria del causante; se DECLARE que recibía ayuda económica significativa del causante. Como consecuencia, se CONDENE a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar a la demandante una pensión de sobreviviente a partir del 16 de febrero del 2015; a pagar las mesadas causadas de manera indexada, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que YOJAN DANIELO SARMIENTO QUIÑONES (q.e.p.d.) falleció a los 22 años de edad el día 15 de febrero del 2015 en el Departamento del Meta; que no procreó hijos; que al momento de su fallecimiento no tenía esposa, ni compañera permanente; que durante toda su vida convivió con su progenitora; que al momento de su fallecimiento era quien tenía en el hogar un empleo fijo y era quien más aportaba dinero para los gastos del hogar; que a partir del fallecimiento de su hijo tuvo que empezar a laborar para mantener el hogar; que recibe como remuneración un SMMLV; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 50 años de edad; que no alcanza a cumplir los requisitos de ley para obtener una pensión de vejez; que tiene una vivienda que carece de servicios públicos; que solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1 y 10; niega el 5, 6 y 11 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones de la demanda y falta de



acreditación de los requisitos legales para reconocer la pensión de sobreviviente, cobro de lo no debido, inexistencia de dependencia económica y enriquecimiento sin causa, buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante MARIA DEL PILAR QUIÑONES tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en virtud del fallecimiento de su hijo YOHAN DANILO SARMIENTO QUIÑONES, a partir del 15 de Febrero de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS, a PAGAR a la demandante MARÍA DEL PILAR QUIÑONES, la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo YOHAN DANILO SARMIENTO QUIÑONEZ (q.e.p.d.), a partir del 27 de Abril de 2019, en cuantía equivalente a \$1.074.200, por trece (13) mesadas pensionales al año, y con los respectivos incrementos de Ley para cada anualidad. PARAGRAFO: Se genera como retroactivo pensional hasta el 30 de Noviembre de 2022 la suma de \$53.394.662, respecto del cual se autoriza a la demandada efectuar los correspondientes aportes a salud.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS, de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de Abril de 2019, y DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada y a favor de la demandante.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra probado que en los 3 años anteriores al fallecimiento cotizó más de 50 semanas. Que con las pruebas testimoniales se logra probar la dependencia económica, pues se evidencia que la demandante no era autosuficiente y que en vida necesitaba la ayuda de su hijo para suplir las necesidades básicas del hogar. Por lo que se reconoce la pensión de sobreviviente deprecada. Como la demandan solo se interpone en el año 2022 se declaran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 27



de abril del 2019. Se incluyen 2 mesadas al año. Se ordena la indexación de las mesadas adeudadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS interpuso recurso de apelación argumentando que con ocasión del fallecimiento del señor YOJAN DANILO SARMIENTO QUIÑONES la demandante en calidad de madre se presentó a reclamar la pensión de sobrevivencia, sin embargo, una vez realizadas las labores de investigación por parte de la aseguradora se logró evidenciar que la demandante no cumple con el requisito de dependencia económica respecto del fallecimiento de su hijo; razón por la cual no se reconoció como beneficiaria de la pensión de sobrevivencia. Que si bien es cierto el causante le ayudaba a la demandante lo hacía como un buen hijo de familia de la cual no se desprende dependencia económica alguna, máxime porque la demandante convivía con su pareja de quien sí tenía una dependencia económica ya que como pareja se debían el cuidado y auxilio mutuo. Indica que de los testigos que se presentaron se establece que los mismos son únicamente testigos de oídas ya que quedó demostrado que no les consta personalmente la situación familiar de la demandante. Que además se debe tener en cuenta como está demostrado en el proceso que la demandante siempre ha suplido sus gastos en labores desempeñadas en el campo; que se demostró que la demandante no pagaba arriendo en razón a que siempre vivía en la finca en la cual desempeñaba sus labores de campo, adicionalmente en petroleras y actualmente en una ferretería. Que como se señaló en los alegatos de conclusión se ha demostrado que la demandante en el registro RUAF a diferencia de lo que señaló en su interrogatorio ha estado afiliada a pensiones y a riesgos laborales y, en esos riesgos laborales se evidencia que la demandante ha desarrollado labores en servicios de vigilancia privada y en razón a eso ha tenido un desempeño laboral de manera estable a diferencia de lo que se manifiesta por el Despacho en el presente fallo. Que si bien el causante le prestaba una ayuda como un buen hijo de familia de la misma no se puede concluir que la demandante



dependiera económicamente de su hijo. Que debe tenerse en cuenta que entre la fecha en que se negó la solicitud y la presentación de la demanda se desvirtúa la dependencia económica alegada, pues sí en realidad esta hubiera sido verdad la parte actora al estar subordinada a esos ingresos se hubiere presentado la demanda de forma inmediata y no después de más de 6 años.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandada, 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 Yojan Danilo Sarmiento Quiñones (q.e.p.d.), que como quedó determinado en instancia, corresponde al 15 de febrero del 2015 (ver Registro de Defunción archivo 01Demanda), como tampoco que la señora María del Pilar Quiñones, ostentó la calidad de progenitora del causante (ver registro civil de nacimiento archivo "04SubsanacionDemanda"). Ni mucho menos que el señor Yojan Danilo Sarmiento Quiñones 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 (ver historia laboral archivo "09ContestacionDemandaColfondos").

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, como acertadamente lo indicó la falladora de primera instancia.

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 la demandante acreditó dicha dependencia respecto de su hijo fallecido, o sí por el contrario, como lo sostiene el apoderado de la parte demandada, no se logra acreditar dicha dependencia.

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 tomada «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, la demandante se contradice abiertamente, como quiera que en los hechos de la demanda indica que al momento del fallecimiento de Yojan Danilo Sarmiento Quiñones, era su hijo quien tenía en el hogar un empleo fijo y, era quien más aportaba dinero para los gastos del hogar, señalando además que a partir de su fallecimiento tuvo que laborar para mantener su hogar y, que recibe como retribución un salario mínimo legal vigente, lo cual se contradice con el interrogatorio de parte que absolvió en el cual en un



momento señaló que su hijo fallecido colaboraba con el 100% de los gastos, es decir, que ni siquiera la parte demandante es clara al señalar si la dependencia del hijo fallecido frente a su progenitora era total y absoluta o parcial.

Adicionalmente, si bien en los hechos de la demanda refirió que empezó a laborar luego del fallecimiento de su hijo; cuando absolvió el interrogatorio de parte señaló que para la fecha del fallecimiento de su hijo estaba trabajando y, que se le terminó el contrato el 30 de noviembre del 2015, es decir, que para el momento en que falleció su hijo sí se encontraba laborando y, su contrato finalizó después del fallecimiento de su hijo.

Ahora, al absolver el interrogatorio de parte la demandante también confiesa que para la época en que falleció su hijo se encontraba viviendo con el señor Jorge Arnulfo Casas Pardo con quien tuvo 3 hijos; que el causante no es hijo del señor Jorge Arnulfo; que el señor Jorge Arnulfo trabajaba en una empresa pero no le colaboraba mucho; que vivía con él desde 1996; que para el año 1996 ella y el señor Jorge Arnulfo se hacían cargo de los gastos del hogar porque los niños estaban pequeños; luego dice que en esa época no laboraba que vino a trabajar cuando nació su última niña; que vivió con el señor Jorge Arnulfo hasta marzo del 2015 (después de que falleció su hijo); que Jorge Arnulfo le ayudó con el sostenimiento de sus hijos hasta que cumplieron la mayoría de edad; que después sólo ayudaba con el mercado; que todos los meses no aportaba lo mismo; que su hijo también trabajaba en las fincas cuando no le salía lo de las compañías; que ella también trabajaba en las fincas, que ahora por la edad no le dan trabajo en las compañías entonces trabaja en las fincas; dice que donde vivía al momento del fallecimiento de su hijo no pagaba arriendo porque conocía a los dueños, entonces ellos no le cobraban arriendo y, sólo debía pagar la luz y el agua; que los gastos del hogar ascendían a \$1'000.000; que el señor Jorge Arnulfo le daba \$300.000 o \$200.000 dependiendo el mes; que el resto lo asumían ella y su hijo fallecido; que su hijo le daba \$350.000.



El testigo **Jhonatan Andrés Castañeda Ramírez** señaló que era amigo del causante; que lo conoció 5 años antes de fallecer; que el causante trabajaba en el sector petrolero; que estaba laborando cuando falleció; que el causante vivía en una vereda con su progenitora, su hermana stefani y el papá de stefani; que cuando el causante vivía la señora María del Pilar estaba separada del señor Jorge Arnulfo aunque vivían en la misma casa; que tiene conocimiento de esto por lo que le comentaba el causante y la demandante; que el causante era el que trabajaba y mantenía los gastos del hogar; señala que la demandante no laboraba, pero cuando el juez le dice que la demandante indicó que si trabajaba, corrige su declaración y, señala que la demandante si trabajaba pero de manera esporádica; que la demandante sí trabajo en empresas pero después del fallecimiento de su hijo; que le consta que el causante mantenía a su progenitora porque el trabajaba; que el causante mantenía a su mamá por completo; que le consta porque cuando el causante iba al almacén que tiene el testigo le comentaba que cubría todos los gastos; que el causante le contaba prácticamente todo; que el veía cuando el causante hacía el mercado y, que le consta porque era muy juicioso; que no era ni alcohólico, ni vicioso; que no le quedaba plata ni para tomar algo.

Dicho testigo tal y como lo señala el apelante no genera ninguna credibilidad a la Sala como quiera que es un testigo de oídas, pues su conocimiento deviene de lo que le comentaba el demandante y, de las suposiciones que hace, pero en su dicho no se evidencia que tenga un conocimiento directo de los hechos. Es más si bien señala que veía al causante hacer mercado esto se contradice con el dicho de la misma demandante quien señala que el señor Jorge Arnulfo era quien se encargaba del mercado y que el aporte de su hijo era de \$350.000 que le daba en dinero.

Por su parte, la señora **Diana Lily Quiñones** señaló que es la hermana de la demandante; que la demandante vivía con su esposo y sus 4 hijos; que los dejaban vivir en la finca que cuidaba la demandante; que la visitaba 3 veces al año; que el causante trabajaba en una petrolera y que ayudaba en las otras fincas; que la demandante no laboraba para la fecha en que falleció



su hijo; que sólo trabajaba Yojan Danilo, que el esposo de la demandante trabajaba en una empresa donde ganaba el mínimo; que su hermana se separó del esposo cuando falleció Yojan Danilo; que después de eso su hermana empezó a laborar pero inestablemente; si bien dice que la demandante no laboraba para la fecha en que falleció su hijo, cuando el juez le dice que la demandante señaló que si laboraba en esa época, corrige que la demandante en esa época trabajaba en fincas, pero que no era permanente; que nunca ha recibido un salario fijo; que cuando ella los visitaba el causante era el que los ayudaba con el mercado, porque con el sueldo del señor Jorge Arnulfo no les alcanzaba; que el causante le ayudaba mucho a su progenitora; que con lo que daba el señor Jorge Arnulfo alcanzaba únicamente para comer; que no era suficiente porque hacían falta los útiles de aseo y colegios de los otros hijos de la demandante; que el señor Jorge Arnulfo hacía para las comidas y, que el causante empezó a comprar camas y útiles de aseo para mejorar la calidad de vida.

Dicho testigo tampoco genera ninguna credibilidad, pues tampoco tiene un conocimiento directo de los hechos, pues visitaba el hogar únicamente 3 veces al año, por lo que su conocimiento deviene de lo que le comentaba la demandante, además es contradictoria, pues inicialmente señala que la demandante no laboraba para la fecha del fallecimiento de su hijo, lo cual corrige posteriormente, ante el requerimiento del juez.

Por tanto, lo único que dejan ver las pruebas en especial el interrogatorio de parte absuelto por la misma demandante, es que para el momento en que falleció Yojan Danilo la demandante se encontraba laborando y, los gastos del hogar los cubrían entre el señor Jorge Arnulfo, la demandante y el causante, quienes prácticamente aportaban al hogar en partes iguales, pues la demandante indica que los gastos del hogar eran de \$1'000.000 de lo cual el señor Jorge Arnulfo aportaba entre \$300.000 y \$200.000 y, el causante le colaboraba con \$350.000, es decir, que la demandante cubría el faltante de \$350.000.



Siendo necesario precisar que los testigos además de ser testigos de oídas, se contradicen con el dicho de la propia demandante, pues refieren que el causante ayudaba con mercado, cuando es la misma demandante quien señala que el mercado lo cubría el señor Jorge Arnulfo y, que la ayuda de su hijo eran \$350.000; por tanto, no existe ninguna prueba que permita evidenciar que la demandante dependía económicamente de su hijo fallecido, pues lo que se puede apreciar es que entre los 3 (la demandante, el causante y el señor Jorge Arnulfo) contribuían al sostenimiento del hogar, por lo que le asiste razón al apoderado de la demandada, al señalar que se debe revocar el fallo proferido para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y, se declarara probada la excepción propuesta de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de dependencia económica y, falta de acreditación de los requisitos legales para reconocer la pensión de sobreviviente, pues contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia no se encuentra probada la dependencia económica.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada AFP COLFONDOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declara probada la excepción propuesta de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de dependencia económica, falta de acreditación de los requisitos legales para reconocer la pensión de sobreviviente.



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

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2022-00165-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA AMADO ZUÑIGA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería al Dr. JUAN PABLO MELO ZAPATA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.551.950 y tarjeta profesional No. 268.106 del C.S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y, COLPENSIONES y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de enero del 2023.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora SANDRA PATRICIA AMADO ZUÑIGA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE que existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN; que se omitió el deber de información; se DECLARE ineficaz el traslado al RAIS a la AFP PORVENIR en el año 1996; establecer que nunca dejó de pertenecer al RPMPD y que se encuentra afiliado válidamente al RPMPD. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN a la ineficacia de la afiliación al RAIS; se CONDENE a la AFP PROTECCION a trasladar los aportes cotizados en el RAIS al RPMPD administrado por Colpensiones; se CONDENE a Colpensiones aceptar los aportes y a registrar su afiliación, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de diciembre de 1969; que cotizó al RPMPD desde el 01 de agosto de 1988 hasta el 31 de septiembre de 1996, alcanzando a cotizar 208 semanas; que el 20 de septiembre de 1996 se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; que posteriormente, se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN fondo en el que se encuentra afiliado actualmente; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su afiliación al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 3, 5, 6, 7, 8 y 9 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 11 y 13 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica.

Finalmente, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 10 y 12; negó el 4, 5, 6, 7 y 9 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, ausencia de responsabilidad atribuida a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora SANDRA PATRICIA AMADO ZÚÑIGA al régimen de ahorro individual el 20 de septiembre de 1996, con fecha de efectividad a partir del 21 de septiembre de la misma anualidad por intermedio de PORVENIR S.A., quedando por la ineficacia también el traslado realizado a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora SANDRA PATRICIA AMADO ZÚÑIGA por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto” de traslado, debidamente indexados, desde el momento del acto ineficaz y mientras duró la afiliación con dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado nacimiento del acto ineficaz y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora SANDRA PATRICIA AMADO ZÚÑIGA. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., para cada una de ellas.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.”



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

.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con la devolución de los gastos de administración debidamente indexados cuando evidentemente se observa que los rendimientos superan con creces la posible pérdida del poder adquisitivo de la moneda.⁷

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que la declaratoria de ineficacia del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de dicha entidad; que si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial en la CSJ no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular; que la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de su cambio de régimen pensional; que la hoy demandante no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos; que la demandante fue negligente; que la demandante no hizo uso de los mecanismos legales que le dan la oportunidad de dejar sin efecto la afiliación al RAIS como son el retracto y la rescisión; que se deben tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional C242-2009 respecto al tema de la sostenibilidad financiera; que debe primar el interés general sobre el particular, pues dicha declaratoria si afecta el patrimonio público; que se está afectando el principio de la solidaridad, de la equidad y, de la sostenibilidad financiera del sistema pensional C-1024-2004 y SU 062 del 2010. Que no se debe condenar en costas a Colpensiones, pues no intervino en el traslado de la demandante.



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 Sandra Patricia Amado Zuñiga, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1996 y, a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN en el año 1997; 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, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Sandra Patricia Amado Zúñiga, 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 RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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



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

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

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

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



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

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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no se le brindó ninguna información al momento del traslado sino que el asesor únicamente la ayudó a diligenciar el formulario.

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.



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

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

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

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

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



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 de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

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

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



a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 16-2019-733-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: STELLA MORA GUEVARA
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LISETH DAYANA GALINDO, 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 (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 22 de noviembre de 2022 proferido por el Juzgado Cuarenta y uno 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 ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora STELLA MORA GUEVARA, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del 1 de octubre de 2014, data desde la cual se hizo exigible para la demandada el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, como consecuencia de tal declaración se ordene

a su favor el pago de \$17.655.301 por concepto de intereses moratorios no pagados y se condene al pago de la diferencia existente entre el retroactivo pensional cancelado por la pasiva y el real que corresponde a la suma de \$53.006.057, pago de interés corriente sobre el capital adeudado por concepto de intereses moratorios e indexación de los reconocidos.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 1 de julio de 1956, que alcanzó los 55 años de edad el 1 de julio de 2011, siendo beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que a la entrada en vigencia de dicha ley, contaba con 38 años de edad, que por reunir los requisitos para el efecto, solicitó ante la demandada reconocimiento pensional de vejez, siéndole negado por esta en diversas resoluciones, que en la SUB 216657 de 2017, la pasiva accedió a la solicitud de desistimiento de indemnización sustitutiva de pensión de vejez reconocida a ella en acto administrativo GNR 97924 de 2015.

Refiere que el 13 de junio de 2018, solicitó un nuevo estudio pensional y por virtud de resolución SUB 178924, le fue reconocida la prestación a partir del 1 de octubre de 2014, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, que solicitó reconocimiento y pago de intereses moratorios el 4 de septiembre de 2018 como quiera que la demandada incurrió en una demora injustificada en el reconocimiento pensional, ya que desde que elevó la petición tendiente a que se le reconociera dicha prestación, tenía derecho a ella y contaba con 4 meses para resolver sobre dicha solicitud, reconociendo su pensión sólo hasta el año 2018.

Indica finalmente que le fue reconocido retroactivo pensional en resolución SUB 178924, por valor de \$31.393.716 y por mesadas adicionales \$5.540.286 y ante la no cancelación de los intereses debidos, su pago debe imputarse primero a intereses y luego a capital, quedando un saldo por concepto de retroactivo sin cancelar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4, 5 a 10, 13, 15 y 16 y negó los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción inexistencia del derecho reclamado por falta

de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante **STELLA MORA GUEVARA** la suma de **\$14.925.228** por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, valor que deberá ser indexado conforme al IPC certificado por el DANE, a partir del 01 de agosto de 2018 y hasta la fecha en que se materialice el pago del mismo, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

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

TERCERO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a **COLPENSIONES** en la suma única de **\$2.000.000** y a favor de la demandante.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Recordemos que el problema jurídico en este asunto se centra en determinar si es viable ordenar el reconocimiento y pago a la parte pasiva de los eventuales intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley de 1993; de igual manera y como consecuencia de lo anterior, se deberá analizar si son procedentes las demás pretensiones declarativas y condenatorias, elevadas en la demanda. Para ello, en primera medida debemos recordar que no es objeto de controversia en este asunto, dado que fue aceptado por los sujetos procesales que la demandante, es pensionada por parte de Colpensiones. Lo que ocurrió mediante el acto administrativo SUB 178924 del 4 de julio del 2018, la cual fue reconocida a partir del 1 de octubre de 2014, cuantía inicial de \$616.000, a la luz del acuerdo 049 del año 1990, aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad y por ende no se realizará consideración adicional, toda vez que fue aceptado por los sujetos procesales. A fin de resolver lo pertinente, el despacho debe indicar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, establece: “a partir del 1 de abril de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará el 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”. Conforme a lo anterior, es claro que los citados intereses son procedentes cuando la parte demandada se encuentra en mora en el pago de las mesadas pensionales o se presenta mora en su reconocimiento, lo cual, a criterio del suscrito, se encuentra plenamente acreditado en este juicio.

Ello se desprende de la resolución SUB 178924 del 4 de julio del 2018, la cual obra en el medio magnético obrante a folio 42 del expediente administrativo de la actora, en el cual se permite evidenciar que la parte pasiva solo reconoció las mesadas pensionales adeudadas a la demandante desde el 1 de octubre de 2014, solo hasta el mes de agosto del año 2018, cuando fue ingresada en nómina de pensionado; es decir, que este término es superior a los 4 meses con los que contaba la entidad para reconocer dicha prestación, conforme lo establece el artículo 33 de la ley 100 de 1993; frente a ello, hemos de recordar que el citado artículo establece que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro meses después de radicar la solicitud por el peticionario con la correspondiente documentación que acredita el derecho, no pudiendo aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte; conforme a lo anterior, el despacho de entrar a establecer cuándo se inició el término de los 4 meses con los que contaba la entidad. Para ello, considera el suscrito que esta data corresponde al 18 de noviembre del año 2014, cuando la demandante solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debido a que, con anterioridad la parte pasiva,

Colpensiones en reiteradas oportunidades indicó que no tenía derecho a la pensión de vejez; asimismo, considera el despacho que la data antes citada es la que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez, toda vez que allí debemos recordar corría el mes de mayo de 2014, cuando la demandante ya tenía constituido el derecho pensional, tanto en la edad como en las semanas cotizadas, pues recordemos que el último periodo o ciclo de cotización de la actora, corresponde al mes de septiembre de 2014, tal y como se desprende de la resolución SUB 178924 del 4 de julio del 2018, así como de la resolución mediante la cual se reconoció la citada indemnización sustitutiva, es decir, la resolución GNR 97924 del 6 de abril de 2015.

Frente a ello, el despacho de igual manera considera que esta data del mes de noviembre del 2014, debe tenerse en cuenta como la petición de la demandante, pues como lo indiqué inicialmente, el último ciclo de la demandante corresponde a septiembre del 2014; de igual manera, el despacho debe recordar que a la entidad de Seguridad Social es a quién le corresponde determinar el derecho pensional que le corresponde a cada uno de sus afiliados, no es el usuario quien tiene que establecer de manera clara, conforme a la ley, cuál es el derecho que le corresponde, si bien la demandante, en el mes de noviembre de 2014, solicitó la indemnización sustitutiva, debió la entidad verificar no solamente sus actos, sino también la documental de la demandante para establecer como órgano administrador del RPM, experto en Seguridad Social en pensiones, el reconocimiento de la pensión si hubiera lugar a ello; tesis que ha sido desarrollada no solamente por la Corte Constitucional, sino por la Sala Laboral de la CSJ, quien en situaciones en donde se ha reconocido indemnizaciones sustitutivas de pensión, de vejez, de invalidez o de sobrevivencia, ha llamado la atención no solamente de Colpensiones, sino además de fondos del orden público y privado, del RPM y RAIS para que analicen la situación pensional de los usuarios, pues ellos no son las personas conocedoras del derecho, pues quien debe reconocer y pagar conforme a los documentos que reposan en la misma entidad, son las AFP; en este caso debió realizar este acto Colpensiones, analizando si en efecto la demandante cumplía o no los requisitos previstos en la Ley, máxime que, a criterio del suscrito con posterioridad, en el mes de julio del año 2018, cuando expide la resolución SUB 178924, estableció que, en efecto, la señora Stella Mora cumplía con los requisitos no solo de la pensión, sino del régimen de transición y que tenía la densidad de semanas cotizadas al mes de septiembre del año 2014. Por ende, considera el despacho que en esa oportunidad, noviembre de 2014, cuando se tuvo en cuenta la última cotización efectuada por la demandante, la parte pasiva debió proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, aspecto que como le indico no ocurrió sino hasta el año 2018.

Es decir, que en este asunto está plenamente acreditado que la parte pasiva omitió su obligación de reconocer y pagar las mesadas pensionales dentro del término establecido en la Ley 100 de 1993, es decir, dentro de los 4 meses siguientes a la solicitud efectuada por la parte actora; asimismo, debe considerar el despacho que en este caso el menester traer a colación lo establecido por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha considerado que los intereses moratorios se generan una vez vencido el plazo legal con que contaban la administradora para resolver el reconocimiento prestacional, es decir, que los intereses proceden objetivamente sin detenerse en circunstancias que haya podido excusar el pago de la pensión, tal y como lo indicó en la sentencia con radicado 48588 de 2017 y que a su turno, fue reiterada en decisiones como la SL 1681 de 2020 y SL 3662 del mismo año, en las cuales la Corte consideró en primera medida que abandonaba su criterio jurisprudencial anterior y en su lugar postulaba que los interés moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y que los mismos tienen un carácter meramente resarcitorio más 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.

Conforme a lo anterior, y siguiendo el precedente jurisprudencial y legal ya citado en este asunto, así como las pruebas aportadas en este juicio, considera el despacho que es necesario condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a la actora a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales fueron causados con las mesadas correspondientes entre el 1 de octubre del 2014 y hasta el 31 de julio del 2018, recordemos que este extremo establecido por el despacho se desprende de la resolución SUB 178924 del 4 de julio del 2018, en donde la misma Colpensiones reconoce la primera mesada pensional de la actora para el 1 de octubre del año 2014 e indicó que las mesadas pensionales adeudadas por este periodo serían consignadas en el mes de agosto de esa anualidad del 2018, por eso los intereses serán liquidados hasta el 31 de julio del 2018.

Ahora bien, realizadas las respectivas operaciones aritméticas, el despacho considera que el valor de los intereses moratorios corresponden a la suma de \$14.925.228 pesos, valor al cual será condenada Colpensiones; de igual manera y dada la realidad económica del país, la depreciación y pérdida del poder adquisitivo del peso, el despacho condenará la

demandada a actualizar el valor condenado por concepto de intereses moratorios conforme al IPC certificado por el DANE a partir del 1 de agosto de 2018 y hasta la fecha en que se materialice el pago del mismo.

La parte demandada propone la excepción de prescripción frente a este medio efectivo, el despacho debe analizarlo a la luz del artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, considera que en este caso la excepción invocada no es procedente toda vez que el reconocimiento pensional data del 4 de julio del 2018, cuando se emite la resolución SUB 178924, la cual como le indiqué en precedencia, obra en el medio magnético, por lo que la demandante contaba hasta el mismo día y mes del año 2021 para presentar la reclamación o la acción judicial, recordemos que la reclamación administrativa tal y como se evidencia dentro del plenario, pues radica ante Colpensiones por la parte actora en el mes de agosto del año 2018 y desatada mediante resolución SUB 253406 de esa anualidad, es decir que la parte demandante contaba hasta el mes de julio del año 2021 para iniciar la acción judicial, lo cual no ocurrió, pues la demanda se presentó el 25 de octubre de 2019 como obra a polio 28 del expediente, por ende, no será declarada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte **demandada:**

En este caso se reitera igual, como se manifestó en los alegatos de conclusión, la entidad, mediante la resolución 178924 del 4 de julio de 2018, reconoció la prestación, pero no se puede dejar de lado los antecedentes que corresponden a los actos administrativos anteriores, no solo los de la negativa, sino también los de reconocimiento de la indemnización sustitutiva, que Colpensiones si bien debe hacer un estudio prestacional a la hora de resolver las solicitudes de los afiliados, también lo es que no puede reconocer prestaciones por mera liberalidad; ahora, respecto del caso puntual que son los intereses moratorios, se establece que estos se están dispuestos en la ley 100, en el artículo 141 por mandato legal y es procedente el pago de los mismos cuando se han causado, cuando existe mora o retardo en el pago de las obligaciones, esto es, de las respectivas mesadas tradicionales ya reconocidas, de tal manera que se considera que proceden esos intereses únicamente o exclusivamente a partir de la fecha en que ha sido expedido el acto administrativo mediante el cual se ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones, obviamente en el evento en que no se cumpla con obligación, la entidad sí estaría inmersa en, precisamente en una mora.

Asimismo, es de anotar que, sobre las sumas correspondientes y pagadas correspondientes al retroactivo, no se deben causar interés en moratorios, por cuánto la ley no lo permite, en ese sentido, se reitera, en el presente caso no se presentó mora en el pago de las mesadas pensionales y una vez se expidió el acto administrativo que reconoció la prestación, se procedió al reconocimiento y pago de los de la de los mismos valores.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación, se tiene que, no fue objeto de reproche que a la señora Stella, le fue reconocida por la pasiva pensión de vejez mediante resolución SUB 178924 del 4 de julio de 2018, oportunidad en que se tuvo en cuenta las cotizaciones por ella efectuadas hasta el mes de septiembre de 2014 y con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, prestación reconocida a partir del **1 de octubre de 2014**.

Igualmente fue aceptado por la pasiva que previo a efectuar el reconocimiento pensional en comento, negó este a la actora en un sinnúmero de ocasiones el mismo, como se acredita con actos administrativos aportados al expediente administrativo que fueron expedidos entre los años 2015 a 2017, entre estos, obra la resolución GNR

97924 del 6 de abril de 2015, mediante la cual y previa solicitud de la parte demandante, elevada el **18 de noviembre de 2014**, se le reconoció indemnización sustitutiva de pensión de vejez, relacionando la pasiva en dicho acto administrativo, los aportes que tuvo en cuenta para efectuar el reconocimiento pensional, esto es, los registrados a nombre de la señora Stella hasta septiembre del año 2014.

Conforme lo señalado en precedencia en punto a los intereses moratorios peticionados, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que estos establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden como lo indica dicha normatividad en el evento en que haya mora en el pago de las mesadas pensionales; en el caso bajo estudio, para sala resulta clara la demora en que incurrió la demanda en efectuar reconocimiento pensional de la demandante ya que se demostró que, si bien para el 2013 elevó la primera solicitud de reconocimiento pensional, a dicha anualidad no cumplía con los requisitos para el efecto, posteriormente, el **18 de noviembre de 2014**, elevó solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva, siendo esta reconocida como se dijo por la pasiva, para ser luego desistida por la demandante; sobre este particular, observa la sala que a dicha data, **ya contaba con los requisitos para acceder a pensión de vejez**, pues como se señaló el acto administrativo que reconoció a su favor indemnización sustitutiva, tuvo como fundamento los aportes por ella efectuados a septiembre de 2014, como se hizo en la resolución de reconocimiento pensional.

Es así como si bien la solicitud elevada por la demandante para noviembre de 2014, se encaminó al reconocimiento de indemnización sustitutiva, esta sala coincide con lo señalado por el juez de instancia frente a que al demostrarse que para dicha data, la demandante ya cumplía como los requisitos para acceder al reconocimiento pensional, era este el derecho que debió haberse reconocido a su favor, al ser de carácter **irrenunciable** y como quiera que, como lo ha sostenido la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL2657 de 2023, en la que reiteró que son las administradoras pensionales las encargadas de custodiar la información contenida en las historias laborales de los afiliados y garantizar la veracidad de la información contenida en estas, por lo que siendo Colpensiones la administradora pensional de la demandante, en dicha oportunidad, debió constatar en debida forma el requisito de tiempo de cotización efectuado por esta, ya que de haberlo hecho así, le habría reconocido la pensión de vejez y no la indemnización sustitutiva.

Con fundamento en lo antes señalado, es claro que contrario a lo indicado por la pasiva en recurso y alegaciones, esta **sí** incurrió en el retardo en efectuar reconocimiento pensional de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no resultando de recibo el argumento del recurrente según el cual, los intereses moratorios cuya procedencia se determina, deben reconocerse a partir de la expedición del acto administrativo que reconoce el derecho pensional, pues bien sabido es que como lo indica el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el retardo en el pago de las mesadas pensionales se configura cuando la administradora pensional no lo reconoce en el término allí señalado, esto es, 4 meses.

De otra parte, tampoco resulta acertada la afirmación del recurrente en cuanto a que la Ley no prevé el reconocimiento de intereses moratorios sobre el retroactivo pensional, frente a lo cual, suficiente resulta señalar que dicho retroactivo constituye las mesadas pensionales que **no fueron pagadas oportunamente**, para el caso de la demandante, las causadas desde octubre de 2014 y que le fueron pagadas hasta el año 2018.

Así las cosas, en efecto procede el reconocimiento y pago a favor de la actora de los intereses moratorios peticionados en los términos indicados en la decisión de primer grado, esto es, sobre las mesadas pensionales causadas entre octubre de 2014 y hasta el 31 de julio de 2018, atendiendo a que el ingreso en nómina de la prestación tuvo lugar en agosto de esta última anualidad; los que deberán ser liquidados desde el 18 de marzo de 2015, 4 meses luego de la solicitud elevada por la actora ante la demandada el 18 de noviembre de 2014.

Efectuadas las operaciones aritméticas por el grupo liquidador dispuesto para el efecto por esta corporación, se observa que los intereses moratorios liquidados en la forma señalada, arrojan la suma de \$16.403.210, como se verifica a continuación; no obstante, **no se modificará su cuantía** como quiera que dicho aspecto, no fue objeto de recurso por la parte demandante.

Aunado a lo anterior y como quiera que dicha obligación se hizo exigible julio de 2018 y sólo hasta este momento se efectúa su reconocimiento, deberá ser indexada la suma objeto de condena hasta la fecha de su pago como lo indicó la decisión recurrida.

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		31/07/2018
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
DESDE 01-10-2014 A 28-02-2015	18/03/15	31/07/18	1232	30,05%	0,0720%	\$ 3.752.700,00	\$ 3.329.345,00
mar-15	01/04/15	31/07/18	1218	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 565.162,00
abr-15	01/05/15	31/07/18	1188	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 551.242,00
may-15	01/06/15	31/07/18	1157	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 536.858,00
jun-15	01/07/15	31/07/18	1127	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 522.938,00
jul-15	01/08/15	31/07/18	1096	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 508.553,00
ago-15	01/09/15	31/07/18	1065	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 494.169,00
sep-15	01/10/15	31/07/18	1035	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 480.249,00
oct-15	01/11/15	31/07/18	1004	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 465.865,00
nov-15	01/12/15	31/07/18	974	30,05%	0,0720%	\$ 644.350,00	\$ 451.944,00
dic-15	01/01/16	31/07/18	943	30,05%	0,0720%	\$ 1.288.700,00	\$ 875.120,00
ene-16	01/02/16	31/07/18	912	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 452.798,00
feb-16	01/03/16	31/07/18	883	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 438.400,00
mar-16	01/04/16	31/07/18	852	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 423.009,00
abr-16	01/05/16	31/07/18	822	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 408.114,00
may-16	01/06/16	31/07/18	791	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 392.723,00
jun-16	01/07/16	31/07/18	761	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 377.829,00
jul-16	01/08/16	31/07/18	730	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 362.437,00
ago-16	01/09/16	31/07/18	699	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 347.046,00
sep-16	01/10/16	31/07/18	669	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 332.152,00
oct-16	01/11/16	31/07/18	638	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 316.760,00
nov-16	01/12/16	31/07/18	608	30,05%	0,0720%	\$ 689.455,00	\$ 301.866,00
dic-16	01/01/17	31/07/18	577	30,05%	0,0720%	\$ 1.378.910,00	\$ 572.949,00
ene-17	01/02/17	31/07/18	546	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 290.059,00
feb-17	01/03/17	31/07/18	518	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 275.184,00
mar-17	01/04/17	31/07/18	487	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 258.716,00
abr-17	01/05/17	31/07/18	457	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 242.778,00
may-17	01/06/17	31/07/18	426	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 226.310,00
jun-17	01/07/17	31/07/18	396	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 210.373,00
jul-17	01/08/17	31/07/18	365	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 193.904,00
ago-17	01/09/17	31/07/18	334	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 177.435,00
sep-17	01/10/17	31/07/18	304	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 161.498,00
oct-17	01/11/17	31/07/18	273	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 145.030,00
nov-17	01/12/17	31/07/18	243	30,05%	0,0720%	\$ 737.717,00	\$ 129.092,00
dic-17	01/01/18	31/07/18	212	30,05%	0,0720%	\$ 1.475.434,00	\$ 225.247,00
ene-18	01/02/18	31/07/18	181	30,05%	0,0720%	\$ 781.242,00	\$ 101.828,00
feb-18	01/03/18	31/07/18	153	30,05%	0,0720%	\$ 781.242,00	\$ 86.076,00
mar-18	01/04/18	31/07/18	122	30,05%	0,0720%	\$ 781.242,00	\$ 68.636,00
abr-18	01/05/18	31/07/18	92	30,05%	0,0720%	\$ 781.242,00	\$ 51.758,00
may-18	01/06/18	31/07/18	61	30,05%	0,0720%	\$ 781.242,00	\$ 34.318,00
jun-18	01/07/18	31/07/18	31	30,05%	0,0720%	\$ 781.242,00	\$ 17.440,00
jul-18	01/08/18	31/07/18	0	30,05%	0,0720%	\$ 781.242,00	\$ 0,00
				Total intereses moratorios			\$ 16.403.210,00

Prescripción

Respecto a dicho medio exceptivo, aspecto que se estudia en **consulta**, se tiene que como bien lo adujo el juzgador de primer grado, el reconocimiento pensional que habilitó para solicitar el reconocimiento y pago de intereses moratorios objeto del litigio, tuvo lugar en el 2018 y la acción judicial bajo estudio, fue radicada en el año 2019, siendo claro que en esta oportunidad, no transcurrió el fenómeno prescriptivo.

Sin costas en la alzada.

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

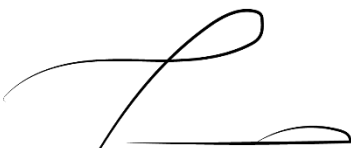
R E S U E L V E

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

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVO PARCIAL VOTO EN CUANTO AL NUMERO DE DÍAS EN MORA



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

PROCESO ORDINARIO No. 13-2021-250-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAVIER ORLANDO MUÑOZ

DEMANDADO: CONJUNTO RESIDENCIAL VILLA ALSACIA P.H.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de diciembre de 2022

ANTECEDENTES

El señor JAVIER ORLANDO MUÑOZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y el conjunto residencial demandado, existió un contrato de trabajo entre el 1 de septiembre de 2016 al 30 de abril de 2017, que devengó como último salario la suma de \$2.350.000, que terminó de manera unilateral y sin justa causa; como consecuencia de tal declaración peticiona se condene a la demandada a efectuar el pago a su favor de diferencia causada por concepto de cesantías, interés a la cesantía, indemnización por mora en consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, diferencias por concepto de primas de servicio, vacaciones, pago de aportes al sistema de seguridad social por la vigencia del contrato, diferencias adeudadas por concepto de indemnización por despido injusto e indemnización prevista en el artículo 65 del CST.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que prestó sus servicios personales bajo la continuada subordinación y dependencia del conjunto demandado a través de un contrato laboral a término indefinido que inició el 1 de septiembre de 2016 y finalizó el 30 de abril de 2017, desempeñando el cargo de administrador, debiendo cumplir las órdenes impartidas por el Presidente del Consejo de Administrador de este, señor Édgar Rojas, que desempeñaba sus labores en las instalaciones del conjunto residencial los días lunes, miércoles y viernes de 8 a.m. a 12M y martes y jueves de 4:00 p.m. a 8:00 p.m., los sábados de 9:00 a.m. a 1 p.m., que devengaba como remuneración la suma de \$2.350.00 y para el cumplimiento de su labor, el demandado le suministraba todos los elementos de trabajo, que durante la vigencia de la relación laboral, no le fue reconocido subsidio de transporte, no fue afiliado al sistema de seguridad social.

Refiere que fue despedido sin justa causa el 31 de enero de 2017, alegándose para el efecto por la demandada falta de gestión de su parte, lo cual indica, no obedece a la realidad, que no le fueron canceladas prestaciones sociales como primas, cesantías, interés a la cesantía ni vacaciones, que en repetidas ocasiones ha solicitado el pago de sus derechos laborales sin obtener respuesta alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó parcialmente los contenidos en No. 3, 6 a 8 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción y cobro de lo no debido.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



RESUELVE:

- PRIMERO:** **DECLARAR** que entre el señor Javier Orlando Muñoz Luna y el Conjunto Residencial Torres de Villa Alsacia existió un contrato laboral verbal a término indefinido entre el 1° de septiembre de 2016 al 31 de enero de 2017, para desempeñar el cargo de administrador, devengando como salario la suma mensual de \$2'350.000 terminado con justa causa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
- SEGUNDO:** **DECLARAR** probadas parcialmente las excepciones de prescripción y cobro de lo no debido.
- TERCERO:** **CONDENAR** al Conjunto Residencial Torres de Villa Alsacia a pagar al señor demandante Javier Orlando Muñoz Luna por concepto de:
- Cesantías: \$ 979.176
 - Intereses sobre las Cesantías: \$48.958
 - Prima de servicios: \$195.833
 - Compensación en vacaciones: \$489.583
 - Indemnización Moratoria del art. 65 C.S.T. desde el 1° de febrero de 2017, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta que se paguen las prestaciones sociales adeudadas.
 - Aportes a pensión desde el 1 de septiembre de 2016 al 31 de enero de 2017 a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado o en su defecto la que el elige este, junto con las sanciones y los intereses que fije la ley teniendo en cuenta el IBL mensual de \$2'350.000 lo anterior por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- CUARTO:** **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones, conforme a lo expuesta en la parte motiva de esta providencia.
- QUINTO:** **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada en favor de la demandante, incluyéndose como

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

Frente a la existencia del contrato de trabajo, se solicita por la parte promotora de la litis que se declare una relación laboral con el conjunto residencial Torres de Villa Alsacia entre el 01/09/2016, culminando la misma 31/01/2017. Mediante comunicado de la parte demandada, como ya se indicó la pasiva se opone a la prosperidad de las pretensiones, indicando que con el señor demandante existió un contrato, pero por prestación de servicios en el que se fijaba unas actividades propias como administrador contempladas en el contrato y en la ley 675 del 2001, las cuales debían desarrollarse en las instalaciones del conjunto, de igual manera, señaló que la relación contractual le fue de carácter civil, culminada por el no ejercicio de las actividades del demandante, lo cual se encuentra demostrado dentro de las actas del Consejo de Administración, en el cual se insta al señor demandante como administrador que desarrolle su gestión conforme a las actividades señaladas dentro del contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, para desatar el problema jurídico que se planteó, es preciso recordar el artículo 23 del CST, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 del 90, que establece los elementos que estructuran un contrato de trabajo, indicando que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación y dependencia y el salario como retribución del servicio, verificándose además del segundo de los aspectos o elementos referidos, que



faculta al empleador para exigir al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto a modo, tiempo, cantidad de trabajo e imponerle reglamento, debiendo mantenerse por todo el tiempo de la duración del contrato, según lo dicho por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 2171 del 2019 con radicación 74316; acorde con lo anterior y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 53 de nuestra CP, en el cual se encuentra consagrado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, una vez reunidos estos 3 elementos de que trata el artículo 23 del CST, se entiende que existe contrato y no deja de serlo en razón al nombre que se le den y otras condiciones o modalidades que se le agregue; de esta forma, establecida la prestación personal de servicio por parte del demandante podría dar lugar a la presunción de que trata el artículo 24 del CST, lo que forzará a la pasiva demostrar que se trató de otro tipo de vínculo, tal y como se ha establecido por nuestro máximo órgano del cierre en reiterada jurisprudencia, entre otras, en las sentencias, SL 317 de 2020 y SL 225 de esa misma anualidad. No obstante, cabe memorar que, acorde con lo señalado en el artículo 167 del CGP, las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretendan, ello respaldado por la reiterada jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se indicaba, entre otras, en la sentencia del 20/06/2018.

Sobre el particular, que la parte promotora de la litis, además de demostrar la prestación personal de servicio debe entre otras cargas probatorias, acreditar ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, la jornada laboral en tiempo suplementario si lo alega, junto con los demás hechos que sustenten sus pretensiones, aspecto que ha sido reiterado por la misma corporación que la sentencia SL 676 de 2021. Así las cosas, procede el despacho el análisis de las pruebas recaudadas en el trámite procesal de conformidad con lo preceptuado en los artículos 60 y 61 del CPTSS a fin de dar solución a la controversia que se plantea en el presente asunto; por tanto, se tiene que dentro del plenario reposa un contrato de prestación de servicios suscrito por el señor demandante, Javier Orlando Muñoz Luna y el Conjunto Residencial Torres de Villa Alsacia, cuyo objeto contractual consistió en la prestación del servicio de administración en el conjunto antes referido y dentro del cual se fijan las condiciones como las actividades a desarrollar por el aquí demandante; igualmente, se planteó que la duración de este contrato sería por 8 meses, del 01/09/2016 al 30/04/2017, conforme a la cláusula cuarta, se pactaron unos honorarios mensual y en la cláusula segunda dispuso sobre las obligaciones del contratista igualmente, así se hizo en la cláusula tercera, dentro del plenario reposa así mismo la carta de terminación del contrato de prestación de servicios antes indicado, suscrita por el señor Edgar Rojas Cáceres, en calidad de presidente del Consejo de administración de conjunto residencial demandado en donde se indica que por unanimidad se decidió dar por terminado este contrato del señor Javier Muñoz al 31/01/2017, como obra a folios 6 del archivo 002 denominado pruebas; lo anterior denota que en efecto hubo prestación del servicio por parte del promotor de las litis en favor del conjunto demandado lo cual además fue confesado por el señor Representante legal de este último en su interrogatorio de parte, quien afirmó que el demandante fue contratado como administrador, ejerciendo sus labores desde el 01/09/2016 hasta 31/01/2017, sin que pudiera delegar sus funciones, en consecuencia, se activó la presunción establecida en el artículo 24 del CST.

Por otro lado, con dicho interrogatorio se respalda lo expuesto por el actor también en su interrogatorio de parte quien afirmó ejercer dicho cargo en los mismos interregnos de manera personal, acompañándose con lo expuesto por el testigo Edgar Rojas, quien indicó que el demandante ejerció el cargo de administrador entre el 2016 y 2017 y el señor Milton Martínez en su testimonio ratificó lo dicho tanto por los representante legal como por el testigo Edgar Rojas recordándose, que el extremo inicial fue confesado por el señor Representante legal del conjunto demandado y además así se expone en el contrato ya referido, debe tenerse en cuenta que aunque ciertamente reposa en el plenario el contrato de prestación de servicios celebrado entre ambas partes, lo cierto es que en el presente asunto se pretende que se declare un contrato realidad, es decir, la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y por tanto al haberse activado la presunción antes referida, corresponde a la pasiva acreditar que no existió una subordinación, así se tiene que en el presente asunto existen pruebas contrastantes al respecto, pues por un lado, el señor representante legal de la demandada afirma que el demandante no cumplía un horario y ejercía las obligaciones para las cuales fue contratado en el momento en que él lo dispusiera conforme a sus compromisos y ética, sin que se le diera orden alguna, toda vez que solo tenía que cumplir con sus responsabilidades, lo cual se acompaña con lo dicho por el señor Testigo Édgar Rojas, quien indicó que el demandante fue quien publicó un horario el cual no fue impuesto y que además incumplía pues iba cuando el dispusiera sin que tuviera que reponer el tiempo, por otro lado y en el otro extremo, el señor



Demandante en su interrogatorio afirmó que sí le fue impuesto un horario, el cual venía desde el administrador anterior y que estaba en la puerta de la administración, siendo subordinado por el Consejo de Administración, quienes se reunían impartiendo órdenes en las que incluso no le permitían cumplir con algunas tareas diarias que tuviera programadas, pues a manera de ejemplo le indicaban que tenía que hacer recorridos por el parqueadero de lo cual también da cuenta el señor testigo Milton Martínez, quien manifestó que el horario del actor fue asignado por el Consejo de Administración, del cual estaba pendiente una señora de nombre Carmenza para que esté fuera cumplido, siendo testigo presencial de las órdenes dadas al demandante por el consejo de Administración, como hacer recorridos por parqueaderos y la elaboración de cartas, debe resaltarse que si bien el apoderado de la parte actora en sus alegatos de conclusión, solicitó no tener en cuenta el testimonio del señor Rojas, lo cierto es que no fue tachado de sospechoso en el momento procesal oportuno, como tampoco el testigo aportado por la activa, siendo los 2 testigos presenciales pues el señor Rojas no solo habita en el conjunto demandado, sino que también fue Presidente del Consejo de Administración para la época de los hechos y es incluso quien firma la carta de terminación del contrato y por otro lado está el señor Martínez, quien fungió en ese interregno como contador de la pasiva, indicando incluso que el demandante fue su jefe inmediato.

No obstante, ante las contradictorias posiciones, el despacho resolverá la duda en favor del señor trabajador, dándole mayor relevancia a lo indicado por el señor Milton Martínez, que respalda lo expuesto por el demandante, pues nótese además que incluso en la carta de terminación del contrato se habla de llamado de atención y aunque el señor Rojas en su testimonio indicó que quiso referirse a requerimientos lo cierto es que otra situación fue la plasmada, debiendo además el señor demandante ejercer sus labores en el conjunto, indicándose incluso en las actas extraordinarias del Consejo de Administración que debía hablar con el demandante ante su deficiente labor, y esto por cuanto no cumplía con sus labores, como se aprecia en las pruebas documentales aportadas por pasiva, así se colige que en efecto, al actor se le impuso un horario, recibía órdenes por parte del Consejo de Administración y recibía llamados de atención por parte del mismo, sin poder pasar por alto que incluso el señor representante legal de la demandada indicó que las herramientas de trabajo del demandante eran del conjunto, mencionando 3 computadores y por tanto, la demandada no desvirtuó la referida presunción advirtiéndose en todo caso, además, que conforme lo indicó el mismo representante legal de la demandada el señor actor tenía a cargo personal y así también lo ratificó el señor Martínez en su testimonio que indicó que era su jefe inmediato.

Como consecuencia, habrá que declararse que entre las partes en realidad existió un contrato de trabajo a término indefinido, pues aunque ciertamente obra un contrato en el plenario este es de otra índole, así se tiene que como extremo inicial se determinará al 01/09/2016, como lo indicó el señor representante legal de la demandada y como fecha final, el 31/01/2017, como se aprecia en la carta de terminación del contrato aportado por activa, fecha igualmente indicada por el representante legal en su interrogatorio, como salario conforme se pactó en el contrato que obra en el páginario la suma mensual de \$2.350.000, teniendo en cuenta que el representante legal de la demandada manifestó que al demandante no se le pagaron prestaciones sociales ni vacaciones, derechos que surgen de una relación laboral y que tampoco obra prueba que sí se haya sufragado esto, procede el despacho a descartar las demás pretensiones elevadas en el libelo inicial.

Así, se tiene frente al auxilio de cesantías que teniendo en cuenta los extremos de la relación laboral bajo estudio y que la parte demandaba, propuso como excepción la de prescripción valga memorando expuesto por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 655 de 2016 respecto a la prescripción de las cesantías. “Esta corporación tiene enseñado que el auxilio de cesantía se hace exigible en la terminación del contrato de trabajo, independientemente del régimen que las regule, dado que es a partir de ese momento cuando el trabajador puede disponer libremente de dicho concepto. Por ello, en el término prescriptivo para las cesantías comienza a contabilizarse desde la finalización de la relación laboral y no antes”. Esta posición fue ratificada en la sentencia SL 2237 de 2018, así las cosas como el contrato de trabajo culminó el 31/01/2017 y se presentó la reclamación 3 años después, esto es, el 31/01/2020 y la demanda fue radicada el 11/05/2021 se tiene que las cesantías no se encuentran prescritas y deberá pagarse por la demandada en favor del señor demandante la suma de \$979.166 que se hicieron exigibles a la terminación del contrato; frente a los intereses a las cesantías, de conformidad con el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50/90, los intereses sobre las cesantías se le deben pagar directamente al trabajador sobre el 12% del valor de éstas, dicha prestación no se encuentra prescrita, toda vez que la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras la sentencia SL 122 de 2017 ha determinado que con excepción de las vacaciones que prescriben a los 4 años desde su causación y las



cesantías cuyo término distintivo trienal, inicia desde la culminación de un contrato de trabajo, las demás prestaciones sociales se le aplica el término trienal establecido en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, es así que se tiene que como intereses a las cesantías, deberá pagarse la suma de \$48.958, pues estos precisamente deben ser pagados a más tardar por el empleador el 31 de enero de cada año y por como consecuencia de ello, estos no se encuentran prescritos, toda vez que se reiteran la relación terminó 31/01/2017 y la reclamación al empleador se radicó dentro de los 3 años, esto es el mismo 31 de enero, sin embargo del 2020, es decir, no superaron los 3 años establecidos en las normas antes referidas.

Frente a la prima de servicios, es obligación del empleador pagar a sus empleados la prestación y corresponde a 30 días de salario por año y contrario a las cesantías, si es objeto de prescripción trienal, como quedó establecido en precedencia, teniendo en cuenta la fecha de reclamación que la prima que se hizo exigible en diciembre de 2016 prescribió y por tanto se liquidará únicamente la prima proporcional que correspondía pagar con la liquidación del contrato a 31/01/2017, es decir, lo proporcional correspondiente a enero de ese mismo año, quedando así la suma de \$195.833 a pagar en favor del señor demandante, frente a la compensación de las vacaciones a efectos de liquidar esta pretensión se trae a colación lo previsto en el artículo 187 del Código sustantivo del trabajo, que estableció lo siguiente” La época de vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año subsiguiente, y ellos deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso” resultando con ello diáfano que el empleador tiene 1 año para otorgar las vacaciones, por lo que para el trabajador las vacaciones se hacen exigibles un año después de causado el derecho y esa es la fecha que se toma como referencia para determinar la prescripción, es decir, como lo ha dicho la sala laboral de la CSJ en la sentencia SL 2148 de 2018, como los 3 años de prescripción se encuentran desde que el derecho se hace exigible, en el caso de las vacaciones, la prescripción se alcanza luego de 4 años de causado el derecho a ella, así se tiene que en el caso bajo estudio no se encuentra prescrita las vacaciones y por tanto se liquidan en la suma de \$489.583.

Frente a la indemnización por despido injusto pretende el demandante se condene a la demandada a pagarle la indemnización establecida en el artículo 64 del CST. Respecto a esta, debe indicarse que la carga probatoria a demostrar el despido, corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración del cumplimiento de sus obligaciones, situación que ha sido reiterada por nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL 799 del año 2020, igualmente, se hace necesario memorar lo establecido en el parágrafo 62 del CST, que señala: “la aparte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción, la causal o motivo de esta determinación, posteriormente no se pueden alegar válidamente causales con motivos distintos”. Así se tiene que folio 66 del archivo 002 obra en la carta de terminación de la relación contractual, en la cual se indicó lo siguiente, “ respetado, señor Muñoz debido a la falta de gestión y a los múltiples llamados de atención, por el poco interés en el desarrollo de las diferentes responsabilidades que requiere la copropiedad, y luego de analizar el historial de su trabajo durante el tiempo en el conjunto, damos por terminado el contrato de prestación de servicios hasta el 31 de enero, decisión tomada en unanimidad por el Consejo de Administración, solicitamos hacer el empalme con la nueva persona que se presentará el 1 de febrero de a las 9 AM y entregar lo que le solicite, le deseamos éxitos en sus nuevos proyectos atentamente de Edgar Rojas Cáceres Presidente”. Así se tiene que la parte actora cumplió con su carga probatoria, y por otro lado se aprecia que la demandada terminó el contrato del demandante, primero por su falta de gestión, segundo por los múltiples llamados de atención, y tercero por el poco interés en el desarrollo de sus responsabilidades y por tanto procede el despacho a verificar si en efecto la pasiva demostró que dichas causales en realidad acontecieran.

Como prueba de la contestación de la demanda, se tiene que el Conjunto Residencial Torres de Villa Alsacia, entre otras, agregó una serie de correos electrónicos dentro de los cuales, en su momento el revisor fiscal requiere tanto al administrador como al contador del conjunto dadas las irregularidades presentadas con relación a la contabilidad; asimismo, se agrega al plenario las actas 032 de 03/10/2016, 036 del 01 de noviembre 2016, 037 de noviembre de 2016, 38 del 24/11/2016, 39 el 01/12/2016, dentro de las cuales el Consejo de Administración señala que la gestión del administrador del conjunto residencial, esto es el aquí demandante es deficiente y se llama la atención para que dé cumplimiento a las actividades a su cargo, lo cual es ratificado por el testigo Edgar Rojas quien indicó que en efecto el señor demandante no era cumplidor de sus funciones y por otro lado el señor Milton Martínez, manifestó que si bien no presenció el llamado de atención sí era notoria la inconformidad con el actor por no hacer o no cumplir sus



responsabilidades y en consecuencia se considera que la demandada acreditó la terminación de la relación que los unía en consecuencia se absolverá de esta pretensión pues es notorio de las documentales antes referidas y de los testimonios aportados tanto por activa como por pasiva, que en efecto ocurrió una falta de gestión por parte del señor demandante y hubo múltiples llamados de atención por lo mismo.

Frente a la indemnización moratoria y la sanción por el no pago de las cesantías se tiene que estas están establecidas en los artículos 99 de la ley 50 del 90 y 65 del CST, se deben dejar sentado que estas no operan de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador que a pesar de que no sean correctamente jurídicos pueden considerarse razonables tal y como se ha sostenido por nuestro máximo órgano de cierre en las sentencias con radicado 23657 del 29/11/2005, SL 632 de 2014, SL 2958 de 2015, SL 7145 de 2015, SL 2148 2018 y más recientemente en la sentencia SL 677 del año 2020. En el presente caso, como ya se dijo, resulta palmario que la intención del empleador era ocultar la verdadera relación contractual subordinada que mediaba con el demandante, afectando con ello sus derechos laborales por lo que no encuentra esta juzgadora que el actuar de la pasiva estuviera guiado bajo los principios que rigen la buena fe y como consecuencia, habrá de condenarse al pago de la indemnización establecida en el artículo 65 del CST, no así ocurre con la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 del 90, pues las cesantías debieron pagarse a la finalización del vínculo que no alcanzó a llegar al 14/02/2017 y por tanto no se activó la obligación del empleador de consignar dicha prestación a un fondo de cesantías por tanto se condenará únicamente a la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST. Para el presente caso, el señor demandante, devengaba más de un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que resulta necesario traer a colación lo establecido por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia; respecto de dicha norma, la corporación que ha interpretado de manera pacífica en la misma en la sentencia del 06/05/2010 con radicado 36577, reiterando la sentencia SL. 9708 del 2017, SL 14837 2017, SL 13689 2017 y SL 109 del 2017 además, la SL 649 de 2018, entre otras en los siguientes términos, “ La anterior disposición, según el parágrafo segundo del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto a los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presenta al respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable no obstante, las notorias deficiencias en la redacción esta sala de la corte entiende que la intención del legislador fue establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida en el artículo 65 del CST, de tal suerte que por regla general, durante los 24 meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico, el empleador incumplido deberá pagar la suma igual a un salario diario por cada día de retardo siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos 24 meses, después de esos 24 meses, en caso de que la situación de mora persista ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino interés moratorio la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria hoy financiera hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente, intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por conceptos de salario y prestaciones en dinero, resalta el despacho lo siguiente: cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales dentro de los 24 meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de demora en la solución de los salarios y prestaciones sociales dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios a partir de la terminación del contrato de trabajo a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera”. Por tanto, como en el presente caso, el actor demandó por fuera de estos 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues este contrato llegó a su fin el 31/01/2017 y radicó la demanda el 11/05/2021. Se le deberá pagar por la indemnización moratoria desde el 01/02/2017 hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales, intereses moratorios a la tasa máxima de libre asignación certificada por la superintendencia financiera.

Ahora, frente a los aportes a la seguridad social, se elevará condena solo frente a lo correspondiente a pensión, toda vez que no se verificó que exista algún perjuicio que se haya ocasionado alguna enfermedad durante el lapso que duró el contrato de trabajo, por tanto, no se elevará condena alguna frente a ARL y EPS ,ahora como ya se indicó frente a los aportes pensionales sí se impondrá condena, pues esto es una obligación que el empleador incumplió toda vez que el artículo 17 de la ley 100 del 1993 exige o impone esa obligación que el empleador incumplió su pretexto que con el demandante no mediaba un contrato de trabajo, lo cual ya quedó desvirtuado y por tanto se condenará a la demandada a efectuar los respectivos aportes a la seguridad social en pensiones durante la relación laboral que unió a las partes, en que aquí fue estudiada, que se recuerda va desde el primero en diciembre del 2016 al 31/01/2017 junto con las sanciones e intereses



que al respecto fije la ley; dicho pago deberá hacerse a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado el demandante o que en su defecto elige el señor demandante teniendo en cuenta como IBL la suma mensual de \$2.350.000, recordándose además que frente a estos aportes pensionales como yo lo ha referido nuestro máximo órgano de cierre en diversos pronunciamientos, son imprescriptibles.

Dada las resultas del proceso y como ya se estudió frente a cada caso, el asunto de la prescripción se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción y parcialmente cobro de lo no debido, pues se recuerda que se ha absolverá de las pretensiones del artículo 64 del CST y de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 del 90.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** recurrió señalando:

Considera la parte pasiva que no se constituyó el vínculo laboral que se ha alegado dentro de este trámite procesal, que por el contrario fue un contrato de prestación de servicios; con base en las pruebas que han nutrido el expediente, se estableció que existe un vínculo de manera comercial entre el demandante y el demandado y no un vínculo laboral como lo ha hecho ver el extremo demandante dentro del plenario, en prueba de ello son los documentos que se aportaron con la contestación de la demanda en donde se estableció que siempre fue el cargo desarrollado por el señor fue administrador de la copropiedad en donde por el grado de confianza y como así lo estableció en su momento, la Corte Constitucional tenía total liberalidad para el desarrollo de su gestión y también en su momento, también tenía la facultad de delegar la misma es más, contractualmente en ningún momento se le prohibió ni el Consejo de Administración, tampoco emitió el pronunciamiento de prohibición alguna.

Era total decisión de él delegar sus funciones en cabeza de quien consideraba conveniente, es decir que no lo exigía de manera personal la prestación del servicio, por ello no se constituye las figuras del artículo 23 del CST como tampoco una subordinación, lo que se le hacían eran requerimientos, estableciendo el cumplimiento de sus obligaciones ya por la envergadura del cargo que desarrollaba, pues cuando era el administrador y representante legal del extremo demandado, de toda una copropiedad en donde debía atender requerimientos de la misma copropiedad frente a las personas que en su momento desarrollaban también actividades dentro del conjunto vigilancia, aseo y el personal que labora para la copropiedad sin que con ello requiriera que él de manera presencial estuviera la copropiedad sino lo podía atender en el tiempo que considerara conveniente; es más que en ningún momento se le exigió el cumplimiento de un horario, por el contrario, él era el que fijaba el espacio en el que prestaba su servicio y asistía en los momentos que consideraba conveniente para atender las necesidades de la copropiedad, partiendo del principio que pues era un contratista de confianza para la copropiedad y por ello tenía total autonomía para el desarrollo de su labor.

Encuentra este extremo que no se ha constituido ni se ha probado la existencia de los elementos consagrados en el artículo 23 del CST, y por ello reiteramos que en ningún momento se constituyó un contrato a término indefinido de forma verbal ni el contrato realidad como tal sin un contrato de prestación de servicios que se liga a nuestro estatuto civil y comercial dentro de la legislación colombiana y es por ello que reiteramos que en ningún momento se haga reconocimiento de prestaciones como tal al señor Javier, por cuanto no existió un vínculo laboral como tal con el extremo demandado.

CONSIDERACIONES

Para el caso bajo estudio y como lo señaló la decisión de instancia, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio del actor a favor del conjunto residencial demandado, circunstancia que fuera aceptada por esta, indicando que dicha prestación se dio en el marco de un contrato por prestación de servicios, el que en efecto fue suscrito por las partes y



aportado al plenario digital.

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

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

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

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

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

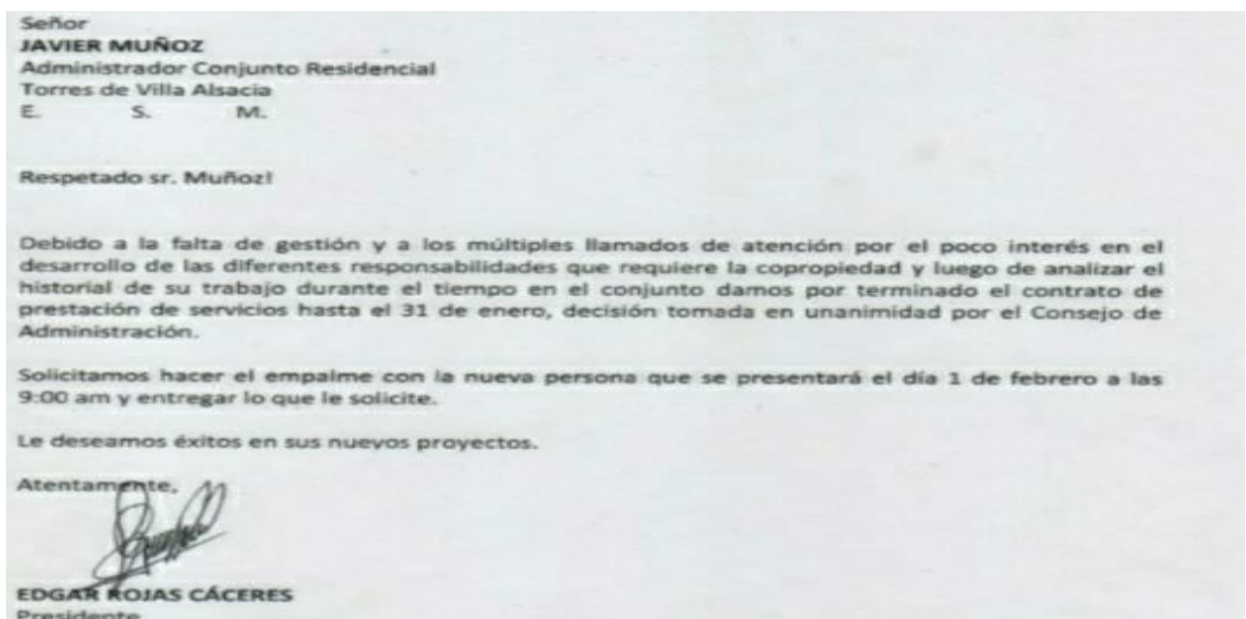
Conforme criterio jurisprudencial en cita, observa la sala que, para el asunto bajo estudio, no ofreció reparo los extremos temporales en que tuvo lugar la aceptada prestación del servicio del actor a favor de la pasiva, esto es, entre el 1 de septiembre de 2016 al 31 de enero de 2017, como tampoco la retribución pactada como contraprestación de dicho servicio que ascendía a \$2.350.000.

Es así que, encontrándose acreditados los supuestos fácticos mencionados, le correspondía a la pasiva desvirtuar la presunción contenida en el mencionado artículo 24 del CST; no obstante, sobre el particular y teniendo en cuenta el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, la demandada no logró demostrar su



afirmación según la cual la vinculación del actor, se dio en el marco de un contrato de prestación de servicios; lo anterior, por cuanto si bien esta parte y la testimonial vertida por el señor Edgar Rojas Cáceres, quien se desempeñaba para la época como presidente del Consejo de administración de conjunto residencial demandado, refirieron que al demandante para el cumplimiento del objeto contractual pactado en el contrato de prestación de servicios, no le eran impartidas órdenes e instrucciones, lo cierto es que las pruebas aportadas y practicadas durante el trámite procesal, se logra determinar que la vinculación del actor estuvo despojada de la autonomía propia del contrato de prestación de servicios suscrito.

Lo anterior y por cuanto si bien el testigo en mención como se señaló negó dicha circunstancia, lo cierto es que él mismo suscribió la comunicación mediante la cual se le informó respecto de la finalización del contrato al actor, la que en su texto indica de forma la existencia de **llamados de atención** hacia el demandante, siendo esta una característica propia de las relaciones de trabajo y que no debe tener lugar en la contratación por prestación de servicios alegada, indica la comunicación en comento:



Lo anterior se logra corroborar con el contenido de las actas del Consejo de Administración, en las que se leen **órdenes impartidas** al actor, que contrario a lo que refiere el testigo Édgar Rojas, su contenido permite concluir que no constituyen requerimientos, como este lo afirmó, sino que se redactaron en forma de órdenes hacia el actor, se lee en una de ellas:



3. Varios

- ✓ Javier informa que ya firmo contrato con el abogado de NAC – Oscar Cuellar
- ✓ Se le solicita a Javier que debe ir al banco y dejaren la cuenta del Fondo de Imprevistos el valor real
- ✓ Enviar urgente las cartas a los morosos como recomienda el contador
- ✓ Revisar los pagos de parqueaderos que la administración tiene arrendados para constatar los pagos y que estén al día de lo contrario se le retira el parqueadero.
- ✓ Los pagos a los proveedores no se pueden pasar de la fecha estipulada.
- ✓ Se solicita con carácter de urgencia al contador hacer los correctivos que el sr. Revisor Fiscal hace en sus informes.
- ✓ Se le recomienda a Javier que debe solicitar al contador el sr. Milton Martínez hacer las recomendaciones del Revisor Fiscal y tener al día la contabilidad, estar pendiente y verificar que se haga.
- ✓ Javier debe imprimir el Acta de la Asamblea y publicarla en administración.
- ✓ Javier debe constatar el trabajo del ingeniero Morales para poder hacer el pago respectivo, revisar la factura que sea lo contratado
- ✓ Hay que aclarar con el ingeniero del CCTV el tema del software
- ✓ Hay que coordinar con el ingeniero hidráulico la inducción sobre las motobombas los coordinadores de vigilancia.
- ✓ Arreglar puertas del Int.3.
- ✓ Se le llamo nuevamente la atención al señor Administrador por falta de gestión.
- ✓ No hizo reclamación de los arreglos ante la póliza.
- ✓ No programo reunión con la señora Esmeralda la abogada para discutir los inconvenientes con ellos

iendo las 12:15 pm se da por terminada la reunión

Lo anterior guarda coincidencia con lo manifestado por la testimonial vertida por el señor Milton Martínez, quien fungió como contador del conjunto demandado para la época de contratación del actor y dio cuenta de la constante subordinación a que estaba sometido este último por parte del Consejo de Administración, además del cumplimiento de un horario; aunado a ello, la tesis en que sustenta su defensa el conjunto demandado, se desdibuja aún más si se tiene en cuenta que el testigo y Presidente del Consejo de Administración del mismo, indicó que el pago de honorarios del actor, estaba supeditado a la comprobación del pago de aportes a seguridad social por parte de este, no obstante, no se aportó prueba de dicha afirmación, lo que permite corroborar que no fueron observadas por la pasiva, las formas propias del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes y en la realidad lo que existió fue una verdadera relación laboral, en el marco de la cual, se logró demostrar que la parte demandante recibía órdenes e instrucciones para el cumplimiento de sus labores y desempeñaba sus funciones en las instalaciones del conjunto demandado y con elementos suministrados por este, como lo indicó la testimonial en mención.



Así las cosas, contrario a lo indicado por el recurrente, se itera, la contratación del actor no se ejerció bajo los parámetros del contrato de prestación de servicio suscrito por las partes y cuya existencia se alegó por la pasiva; contrario a ello, se constató que este se desarrolló bajo las formas propias de un contrato de trabajo, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2021-00377-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIBEL CAMELO PERILLA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería al Dr. JUAN PABLO MELO ZAPATA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.551.950 y tarjeta profesional No. 268.106 del C.S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de enero del 2023.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora MARIBEL CAMELO PERILLA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS; que se DECLARE la ineficacia de todos los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS; que se DECLARE que siempre estuvo afiliada al RPMPD. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el monto existente de todo lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que se hubiesen recibido de la demandante a título de cotizaciones, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y, las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inicialmente cotizó para los riesgos de IVM en el ISS hoy Colpensiones; que los asesores de la AFP Porvenir promovieron sin brindar información suficiente su traslado del RPMPD al RAIS a la AFP Porvenir en marzo de 1996; que se solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 4 y, 5; negó el 6; dijo que el 12 y 13 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica.



Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 2, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe.

Finalmente, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 3 y 8; negó el 7, 9, 10 y 12; dijo que el 11 no era un hecho y, que el 14 era parcialmente cierto 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 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 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el 27 de marzo de 1996, por la ciudadana Maribel Camelo Perilla del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado hoy por la AFP Protección S.A. y sus posteriores traslados.

SEGUNDO. - CONDENAR a las sociedades demandadas AFP Protección y AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de la suma que hubiese recibido como producto de las cotizaciones



realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas AFP, es decir el 100% de las cotizaciones obligatorias y sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además los porcentajes que fueron descontados en su momento y destinados a gastos de administración y al fondos de garantía de pensión mínima.

TERCERO. – ORDENAR a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante Maribel Camelo Perilla al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además de recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído.

CUARTO. – DECRETAR imprósperas las excepciones propuestas.

QUINTO. – CONDENAR en costas a la AFP Protección S.A. incluyendo como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (2 SMMLV).

SEXTO. - CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de Colpensiones, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme al criterio de la CSJ estos procesos deben ser estudiados desde la figura de la ineficacia del traslado. Que no se puede entender que se trató de una decisión libre y voluntaria, pues no estaba precedida del conocimiento necesario para poder tomar su decisión. Que desde el principio las AFP tenían el deber de suministrar la información sin importar si tenían un derecho adquirido o una expectativa.

.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que con la jurisprudencia de la carga probatoria queda en cabeza de los fondos privadas sin que exista la mínima actividad probatoria de la parte demandante, lo cual quiebra la lógica de las cargas probatorias, cuando quien debería tener la carga probatoria es de quien causó el daño, que en este caso sería quien decidió trasladarse, pues los afiliados cuentan con el deber de asesorarse, conforme al régimen del consumidor. Que se viola el principio de equidad pues se va a pensionar con lo ahorrado por los demás afiliados que si estaban en Colpensiones. Solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia a la



devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Solicita que la devolución de los gastos se haga de manera indexada.

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 Maribel Camelo perilla, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN en el año 1996 y, posteriormente, a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR en el año 1997 y, a la AFP PORVENIR en el año 2000; siendo éste último fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

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

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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor es que el ISS se terminaba y



para poder tener derecho a una pensión debían firmar los formularios de afiliación al fondo privado.

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.

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

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

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

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



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

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

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

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención de manera indexada, se dispondrá **adicionar** la sentencia recurrida haciendo claridad en que la devolución de los gastos de administración debe realizarse de manera indexada.



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.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la apoderada de Colpensiones de que se condicione la sentencia, pues sólo puede dar cumplimiento a ella una vez le trasladen los dineros ordenados, no hay lugar a realizar ninguna precisión, pues es claro que dicha entidad deberá activar la afiliación y actualizar la historia laboral del demandante una vez las AFP privadas den cumplimiento a la sentencia, como quiera que para el cumplimiento de la sentencia deberán adelantarse todos los trámites administrativos necesarios

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: el numeral segundo de la sentencia recurrida en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección y a la AFP Porvenir a devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 07-2021-00035-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: AMANDA DE JESÚS PORTILLA CARLOSAMA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería al Dr. JUAN PABLO MELO ZAPATA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.551.950 y tarjeta profesional No. 268.106 del C.S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 02 de marzo del 2023.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora AMANDA DE JESÚS PORTILLA CARLOSAMA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que la AFP PROTECCIÓN S.A. la asesoró equivocadamente al afiliarla a dicha entidad; que se DECLARE que la AFP PORVENIR también omitió su obligación de asesorarla. Como consecuencia, se DECLARE la nulidad o la ineficacia de la afiliación suscrita con la AFP PROTECCIÓN; se ORDENE a la AFP PORVENIR trasladarla junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad; se ORDENE a COLPENSIONES activarla en el sistema, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y, las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 06 de julio e 1965; que al momento de presentar la demanda contaba con 55 años de edad; que inició su vida laboral cotizando al ISS hoy Colpensiones; que en el ISS cotizó un total de 498 semanas; que durante toda su vida laboral logró cotizar 1379 semanas; que el 23 de abril de 1999 se trasladó a la AFP Protección; que al momento del traslado se el asesor le informó que al trasladarse podría pensionarse a cualquier edad y, que en caso de fallecer se le entregaría el dinero a su familia; que el 29 de mayo del 2002 se trasladó a la AFP Porvenir; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 4, 26 y 27 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 6, 24 y 25; negó el 22, 23 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 Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica.

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 18, 19, 20, 24, 26 y 27 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

El AMANADA DE JESÚS PORTILLA CARLOSAMA con la AFP PROTECCIÓN el 23 de abril de 1999 contenida en el formulario No. 5090253.

El AMANADA DE JESÚS PORTILLA CARLOSAMA con la AFP PORVENIR el 29 de mayo de 2002 contenida en el formulario No. 01710405.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora AMANADA DE JESÚS PORTILLA CARLOSAMA 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: ORDENAR a PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante desde 1999, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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, ADMINISTRADORA a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. – PORVENIR S.A., y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS – PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma



de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: *se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.”*

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

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que si bien existe un precedente del órgano de cierre como el citado por el *A quo*, lo cierto es que se deben revisar las circunstancias de cada caso en concreto, no siendo posible ordenar la devolución de los gastos de administración, también en el RPMPD se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivencia; que los gastos de administración no hacen parte integral de la pensión de vejez; que para la fecha la Superintendencia financiera de forma expresa ha señalado que al momento de un traslado las únicas sumas a retornar son los aportes con los rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que sea procedente retornar los gastos de administración. Que se debe declarar probada la excepción de prescripción frente a los gastos de administración y la prima de seguro, pues dichas sumas no financian la pensión de vejez. Que el Tribunal de Cali indica la improcedencia de condenar a la indexación. Que se deben tener en cuenta las restituciones mutuas

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante realizó su traslado de régimen pensional conforme la Ley 100 de 1993 sin que se hubiere ejercido alguna presión o coacción; que la decisión de trasladarse fue tomada de manera libre, espontánea y



voluntaria, encontrándose al momento de su afiliación frente a una mera expectativa pensional, la cual hubiera inducido a un error a la demandante si se hubiera hecho un comparativo entre las mesadas pensionales de los distintos regímenes tanto del RAIS como del RPMPD, toda vez que se desconocía a ciencia cierta cuales serían los requisitos o condicionen que tendría al momento de tener derecho a su pensión; que la demandante tuvo la oportunidad de retornar al RPMPD conforme lo estableció la Ley 797 del 2003; que el traslado horizontal nos ratifica la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS, más aún cuando ella tuvo la oportunidad de conocer que al ISS lo reemplazo Colpensiones; que se realizaron cotizaciones por mucho más de 20 años, con lo cual se encuentra ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS; que no es de recibo manifestar una falta de información cuando ella tuvo la posibilidad de informarse debidamente en varias oportunidades; que la demandante no presentó ninguna queja, observación o reclamo. Que el hecho de no encontrarse satisfecha con sus expectativas pensionales, no es óbice para manifestar una ineficacia del traslado por falta de información la cual si recibió.

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 Amanda de Jesús Portilla Carlosama, 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 1999 y, posteriormente, con la AFP PORVENIR en 2002; siendo ésta última en la que se encuentra afiliada actualmente. (Ver expediente digital)

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

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

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

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

Siendo necesario precisar que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado, ni ser beneficiario del régimen de transición para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

No pudiendo tampoco la demandada 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.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende COLPENSIONES en su recurso, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se



peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías como lo pretende 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 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 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 de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:



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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera y las sentencias del Tribunal de Cali no resultan vinculantes 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

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

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2020-00032-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ANYELA PATRICIA GÓMEZ MAHECHA

DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS-S S.A. Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por SALUD TOTAL EPS y GOLD RH S.A.S. revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de julio del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de GOLD RH S.A.S. y SALUD TOTAL EPS-S S.A.

ANTECEDENTES

La señora ANYELA PATRICIA GÓMEZ MAHECHA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se



DECLARE que existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad con SALUD TOTAL EPS-S S.A. entre el 01 de abril del 2008 al 14 de junio del 2019; que se declare que los servicios prestados fueron una consecuencia de una intermediación ilegal de la Cooperativa de Trabajo TALENTUM CTA y la persona jurídica GOLD RH S.A.S. de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del CST; que se DECLARE que los dineros pagados durante la relación laboral denominado como medio de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte, auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos realmente eran comisiones que retribuían su labor como asesora comercial profesional a favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A.; que no se le pagaron las acreencias laborales con el salario realmente devengado. Como consecuencia, se CONDENE a SALUD TOTAL EPS-S S.A. a reliquidar las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios y, aportes a pensión y salud; se CONDENE a pagar la sanción por no consignación de las cesantías establecida en el artículo 99 del numeral 3° de la Ley 50 de 1990, sanción contemplada en el numeral 3° del artículo 1° de la Ley 52 de 1975; sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, junto con la indexación de las sumas adeudadas y, las costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias solicita se DECLARE que los dineros pagados por GOLD RH S.A.S. en calidad de empleadora de la demandante denominados como medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte, auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos realmente eran comisiones que retribuían su labor como ASESORA COMERCIAL PROFESIONAL. Como consecuencia se CONDENE a GOLD RH S.A.S. y solidariamente a SALUD TOTAL EPS -S S.A. en aplicación del artículo 34 y 35 del CST a pagar la reliquidación de las primas, cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a pensión y salud, sanción por no consignación de las cesantías establecida en el artículo 99 del numeral 3° de la Ley 50 de 1990, sanción contemplada en el numeral 3° del artículo 1° de la Ley 52 de 1975; sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, se condene a la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa, los intereses moratorios junto con las costas procesales.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que SALUD TOTAL EPS S.A. antes del año 2003 tenía su fuerza comercial de asesores vinculados laboralmente; que SALUD TOTAL EPS-S S.A. en el año 2004 suscribió contrato con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COLABORAMOS para que esta cooperativa realizará el proceso de afiliación de usuarios del Plan Obligatorio a SALUD TOTAL EPS-S S.A.; que dentro del objeto del contrato estaba realizar toda la actividad de comercialización del Plan Obligatorio de Salud de SALUD TOTAL EPS-S.; que en enero de 2005 se terminó el contrato comercial suscrito entre SALUD TOTAL EPS-S S.A. con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COLABORAMOS en lo que respecta al proceso de afiliación de usuarios del Plan Obligatorio a SALUD TOTAL EPS-S S.A.; que a partir del mes de febrero de 2005 SALUD TOTAL EPS-S suscribió un contrato de prestación de servicios con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM para administrar el proceso de afiliación de usuarios del Plan Obligatorio a SALUD TOTAL EPS-S S.A.; que dicho contrato fue cambiado por una oferta mercantil de fecha 30 de julio de 2008 presentada por la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM a SALUD TOTAL EPS-S S.A.; que el día 01 de abril de 2008 la demandante ingresó a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM, para realizar la actividad de ASESORA COMERCIAL PROFESIONAL hasta el 13 de enero de 2014; que partir del día 14 de enero de 2014 la demandante continuó realizando la misma labor de ASESORA COMERCIAL PROFESIONAL en favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A., pero esta vez vinculada laboralmente con GOLD RH S.A.S.; que en el contrato laboral suscrito entre la demandante y la empresa GOLD RH S.A.S. se establece que la función o el objeto de contrato laboral, era prestar servicios de asesor profesional único y exclusivamente en favor de SALUD TOTAL EPS S.A.; que dicho contrato estuvo vigente hasta el 14 de junio de 2019; que la relación laboral de la demandante y GOLD RH S.A.S. finalizó el día 31 de enero de 2019; que la demandante nunca prestó servicios personales de ASESORA COMERCIAL PROFESIONAL para la empresa GOLD RH SAS, sino para SALUD TOTAL EPS-S S.A., habiendo



actuado GOLD RH SAS, como simple intermediario; que no obstante el proceso de formalización laboral suscrito en el Ministerio de Trabajo, los trabajadores de la CTA TALENTUM que se desempeñaban como asesores comerciales en beneficio de SALUD TOTAL EPS-S S.A., no fueron vinculados laboralmente con dicha EPS.; que conforme al certificado de existencia y representación legal de SALUD TOTAL EPS-S S.A. uno de los objetos sociales de esta EPS es promover la afiliación de los habitantes de Colombia al sistema de seguridad social en salud en el ámbito geográfico de influencia, garantizando siempre la libre escogencia; que GOLD RH S.A.S., sin ser una empresa de servicios temporales, realizó la actividad comercial contratada por SALUD TOTAL EPS-S S.A.; que la prestación personal del servicio de la demandante como ASESORA COMERCIAL PROFESIONAL o ASESOR de ventas del plan obligatorio de SALUD TOTAL EPS-S S.A., en favor de esta EPS activó la presunción de la existencia de un contrato laboral conforme lo consagrado en el artículo 24 del C.S.T.; que existió un contrato laboral a término indefinido sin solución de continuidad entre la demandante y la empresa SALUD TOTAL EPS-S S.A., desde el 1 de abril de 2008 hasta el 14 de junio de 2019; que la prestación personal del servicio de afiliación de usuarios como ASESORA COMERCIAL PROFESIONAL en favor a SALUD TOTAL EPS-S S.A., realizada por la demandante generó una contraprestación económica diferente al salario pagado a la demandante, denominada como medios de transporte y/o beneficios no salarial; que dicha contraprestación fue pagada como contraprestación a su actividad personal por la afiliación efectiva de afiliados a SALUD TOTAL EPS-S S.A., dada la labor de venta del plan obligatorio de salud ofertado por dicha EPS; que el último salario devengado por la demandante fue de \$1.955.347; que corresponde al salario básico y el promedio de medios de transporte y/o beneficios no salariales, comisiones pagadas en los últimos 12 meses de trabajo en favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A, o lo que resulte probado en el proceso; que las sumas pagadas por medios de transporte y/o beneficios no salariales, no se tuvieron en cuenta al momento de liquidar las acreencias laborales de la demandante, que el 01 de noviembre de 2016, se firmó Otrosí al contrato de trabajo suscrito entre GOLD RH S.A y la DEMANDANTE, en donde se pactó en la cláusula primera una remuneración mensual comprendida por una parte salarial fija



mensual y una parte variable igualmente salarial, condicionada a presupuestos y requisitos ampliamente descritos en el Otrosí; que a partir del mes de septiembre de 2017 los dineros pagados realizados por GOLD RH S.A., a favor de la demandante denominado en los desprendibles de nómina como auxilio no salarial para medios de transporte, se llamaron comisiones y si fueron tenidos como factora salarial; que en el contrato laboral suscrito por la demandante con GOLD RH S.A.S, se estableció en el parágrafo tercero del artículo tercero que los beneficios y/o auxilios pagados a título de medios de transporte no constituyen salario y, por tanto, no se tendrían en cuenta como base para la liquidación de prestaciones sociales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 38; negó el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 15, 22, 23, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 50, 52 y 54; dijo que el 9, 24, 49, 51, 53 y 75 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe, mala fe de la demandante, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y la innominada.

Por su parte, **GOLD RH S.A.S.**, respecto de los hechos manifestó no constarle del 1 al 31, 34, 35, 36, 50, 74 y 75 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, buena fe de la demandada y le genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a RH HOLD S.A.S. a pagar a la señora ANYELA GÓMEZ MAHECHA las siguientes sumas por los siguientes conceptos:
a. \$4.105.090 por concepto de reliquidación del auxilio de cesantías.



- b. \$296.435 por concepto de reliquidación de los intereses sobre las cesantías.
- c. \$3.130.469 por concepto de reliquidación de la prima de servicios.
- d. \$1.158.799 por concepto de reliquidación de las vacaciones.
- e. \$50.144.198 por concepto de la sanción moratoria por no consignación completa del auxilio de cesantías para los años 2015 y 2016.
- f. \$44.373.298 por concepto de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST por la no consignación completa de prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral por el período comprendido entre el 15 de junio de 2019 al 15 de junio de 2021. A partir del 16 de junio de 2021 la demandada deberá cancelar intereses de que trata esta norma sobre un capital de \$7.531.994.
- g. Reliquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde el 14 de enero de 2014 y hasta el 14 de junio de 2019 teniendo en cuenta los salarios mensuales indicados en la parte considerativa y en la liquidación anexa a la presente sentencia. Dicha reliquidación deberá pagarse a favor de la trabajadora a través de la entidad en seguridad social en pensión a la cual se encuentre afiliada junto con los intereses moratorios a plena satisfacción de dicha entidad.

SEGUNDO: CONDENAR a SALUD TOTAL EPS de manera solidaria respecto de las sumas indicadas en el numeral anterior.

TERCERO: COSTAS a cargo de RH GOLD S.A.S. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$12.000.000.

CUARTO: ABSOLVER a RH GOLD S.A.S. y SALUD TOTAL EPS de las demás pretensiones de la demanda declarando parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la pretensión principal y la de prescripción sobre aquellos derechos causados con anterioridad al 16 de junio de 2016 excepto auxilio de cesantías y aportes al sistema de seguridad social en pensión.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis en lo que interesa al proceso señalando que no se discute la relación jurídica que existió entre SALUD TOTAL EPS-S S.A. y GOLD RH S.A.S. para la tercerización de una actividad, sin embargo, no se demostró por parte del trabajador que efectivamente existiera una subordinación por parte de SALUD TOTAL EPS-S S.A., pues lo que se evidencia es que todas las órdenes eran impartidas por trabajadores de GOLD RH S.A.S.. Por tanto, no se accede a la pretensión principal de DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo con SALUD TOTAL EPS-S S.A., pues de acuerdo a lo probado el empleador fue GOLD RH S.A.S. a través de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de enero de 2014 y junio del 2019. En cuanto a su remuneración se estableció que estaba compuesta por un concepto básico y un concepto variable y, que al comienzo de la relación entre enero del 2014 y enero del 2017 recibía unos conceptos denominados auxilio no salarial para medios de



transporte y auxilio no salarial para reconocimiento de equipos productivos. Que a partir de febrero del 2017 se observa un cambio de política y comienza la trabajadora a recibir un concepto variable por comisiones y desaparecen los auxilios no salariales. Que no se allegó la política respecto de los auxilios no salariales. Que en la cláusula tercera del contrato de trabajo se estableció el auxilio no salarial para medios de transporte. Indica que la sana crítica hace pensar que un auxilio para medios de transporte es un auxilio que se le brinda al trabajador para desplazarse de un lugar a otro no para su beneficio sino para desempeñar cabalmente sus funciones, sin embargo, de la redacción de la cláusula se obtiene algo que difiere totalmente del nombre que se le da. Aduce que la Representante Legal de GOLD RH S.A.S. confesó que el pago que se le hacía a través del auxilio no salarial para medios de transporte no tiene nada que ver con los desplazamientos de la trabajadora, pues lo que genera el pago de dicho auxilio es si lograba o no la afiliación de las personas a la EPS, por lo que dicho auxilio si estaba retribuyendo el servicio y por ende constituye salario y no podía desalarizarse como equivocadamente lo hizo GOLD RH S.A.S.. Que lo que hizo el empleador fue esconder unas comisiones de un vendedor. Que el contrato celebrado entre SALUD TOTAL EPS-S S.A. y GOLD RH S.A.S. se realizó para tercerizar el recaudo de afiliaciones a SALUD TOTAL EPS-S S.A. y, la demandante fue contratada para realizar la actividad comercial de afiliar personas a SALUD TOTAL EPS-S S.A., que era una vendedora. Que tampoco existe una política frente a los auxilios no salariales para el reconocimiento de equipos productivos, por lo que no se pueden establecer cuales eran las condiciones para que un trabajador accediera a esas comisiones. Por tanto, se presume que dichos auxilios constituyen salario y se ordena la reliquidación de las acreencias laborales pagadas a la demandante. Respecto de la prescripción señaló que los aportes a pensión son imprescriptibles, que para las cesantías su exigibilidad comienza a partir de la finalización del contrato, por lo que se declara no probada la excepción de prescripción frente a ese concepto. En cuanto a las demás acreencias laborales se declara probada parcialmente la excepción de prescripción frente a las causadas con anterioridad al 14 de junio del 2016. Indica que el actuar de GOLD RH S.A.S. no puede entenderse de buena fe y por tanto condena al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y a la indemnización



moratoria. Finalmente, en cuanto a la solidaridad solicitada, señala que debe tenerse en cuenta el artículo 34 del CST. Que a lo que se obligó el contratista independiente fue a promover y afiliar a los ciudadanos a SALUD TOTAL EPS-S S.A., lo cual no es una actividad extraña a SALUD TOTAL EPS-S S.A., pues el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 establece que las EPS son las entidades responsables de la afiliación. Que el Despacho considera que dicha labor se puede tercerizar pero eso no significa que sea una labor extraña a SALUD TOTAL EPS-S S.A.. Por tanto, condena a SALUD TOTAL EPS-S S.A. de manera solidaria frente a las condenas impuestas a GOLD RH S.A.S.

RECURSO DE APELACIÓN

GOLD RH S.A.S. recurrió señalando que

Que se ordenaron unas condenas relacionadas con reliquidación de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, frente a lo cual solicita se tenga en cuenta las pruebas que obran en el expediente para efectos de establecer claramente que los conceptos denominados medios de transporte y equipos productivos no son salario, para lo cual quiere que se tenga en cuenta inclusive el tenor literal de la cláusula tercera denominada medios de transporte en donde las partes expresamente acordaron de manera libre y voluntaria que el empleador reconocerá y pagara en favor del trabajador por medio de transporte cuando se realicen desplazamientos a diferentes lugares para diligenciar formularios, para entregar carnets, para asesoría de productos, entre otras actividades conexas, es decir, que al revisar el tenor literal de esta cláusula, lo que está claro es que las partes no estaban acordando un salario o una retribución del servicio o de comisiones; que lo que está claro de los testimonios es que los auxilios se otorgaban para poder hacer sus actividades y no para retribuir un servicio, pues la demandante tenía que desplazarse a diferentes lugares y con esta cláusula lo que se buscó fue reconocer esos desplazamientos de un lugar a otro, por parte de la trabajadora, pero que bajo ningún concepto eran considerados ni salarios, ni comisiones, inclusive lo que había era un seguimiento por parte del empleador para estos efectos, entonces desde el punto de vista contractual lo que está claro dentro de este proceso judicial es que la trabajadora y RH GOLD S.A.S. pactaron una cláusula de calificación no salarial y que el artículo 128 del C.S. del T. establece claramente que los pagos que retribuyen el servicio son considerados como salario, pero no es el caso de este proceso, pues acá se está hablando es de medios de transporte, los cuales expresamente se han indicado que no constituyen salario para ningún efecto e inclusive no son como retribución del servicio, sino para el cumplimiento de sus funciones, lo cual fue reiterado en la Ley 344 de 1996 art. 17 y que para un caso similar la jurisprudencia que estaba vigente para la época de los hechos era la sentencia del 27 de mayo del 2009 rad 32657 en la cual la Corte indico que eso no era constitutivo de salario. Que los pagos que el Juez estableció como salario no son factores salariales ni por la ley ni por la jurisprudencia. Que desconoce la buena fe de dicha entidad porque pareciera que la contratación que hizo RH GOLD S.A.S. con la trabajadora fue una contratación donde nadie intervino y se extraña que no se haya hecho referencia al acuerdo de formalización laboral en el cual inclusive en sus partes considerativas se le pregunta al Ministerio de Salud si con ese acuerdo de formalización laboral se está cumpliendo con las condiciones laborales y si el Ministerio lo autorizaba. Inclusive en el numeral 17 del acuerdo de formalización laboral se dice expresamente que el Coordinador de la Unidad de Investigaciones solicitó autorización del Despacho del viceministro de Relaciones Laborales para suscripción de estos acuerdos laborales. Que el acuerdo de formalización fue aprobado por el Ministerio del Trabajo. Que en el acuerdo de formalización laboral expresamente se dice que no se le ha violentado ningún derecho a los trabajadores que venían de la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum y que pasaron



directamente por medio de un contrato de formalización a dicho empleador. Que se asalta la buena fe de dicha entidad, quien se sometió a un proceso con un acompañamiento del Ministerio del Trabajo y que ellos lo avalen, lo certifiquen y lo verifiquen. Inclusive que el 18 de noviembre del 2016 se hizo una revisión de como estaban las cosas con esos acuerdos de formalización y el Ministerio de Trabajo certificó expresamente que no había ningún desconocimiento por parte de las entidades. Que no está bien que se señale que en virtud de unas condenas dicha entidad cambió su política de pagos a unos trabajadores, lo cual es contrario a la realidad, pues si se revisa los pagos denominado no constitutivo de salario -medio de transporte- y el otro sí suscrito con posterioridad se observa que los pagos son por conceptos totalmente diferentes y por figuras distintas. Que el apoderado en ningún momento dijo que no era una función de las EPS afiliar personas, pues leyó expresamente el art. 177 de la ley 100 de 1993 y dijo que ahí se encontraban las funciones de las EPS y que dentro de las funciones estaba la de afiliar, pero que su función básica es prestar los servicios del Plan Obligatorio de Salud, por lo que el tribunal debe revisar esas manifestaciones. Que se revise porque dada su buena fe no da lugar a moratorias. En cuanto a la condena por costas por valor de \$12'000.0000 se solicita que revise esta condena porque ni siquiera en fallos de la CSJ se llega a cifras como estas, más cuando dicha entidad vive y subsiste de su actividad que es la prestación de los servicios respectivos. Finalmente, en cuanto a la prescripción quiere precisar que lo que no prescriben son los aportes a las pensiones, pero la Corte ha dicho que la reliquidación a las pensiones ósea la reliquidación de aportes si opera la figura de la prescripción. En cuanto a las cesantías la sala laboral de la CSJ ha dicho expresamente que las cesantías prescriben desde el momento en que se han hecho exigibles, que en este punto se contabilizó el término al finalizar el contrato desconociendo los fundamentos de la CSJ. Que en donde se establece que esta cobijada por el artículo 34 del CST, es necesario precisar que para esa fecha no existía la figura de la intermediación laboral, es decir, cuando fue consagrado el código y fue hecha la reforma bajo ningún punto de vista se estaba pensando en este tipo de figuras que lo que ha pasado es que para poder condenar solidariamente se utiliza una figura que equivocada y que no tiene nada que ver con esta situación. Finalmente, indica que las labores no son las que se comparan, sino las labores de RH GOLD S.A.S. y las labores de SALUD TOTAL las cuales son disimiles y extrañas.

Por su parte, a **SALUD TOTAL EPS-S S.A.** recurrió señalando que

Indica que como lo accesorio corre la suerte de lo principal deben hacerse unos reproches a la sentencia en lo que respecta a los medios de transporte, los cuales fueron reconocidos por RH GOLD S.A.S.. Que consideran que la valoración del material probatorio que estuvo o que se practicó en esta audiencia, no da muestra de que estos medios de transporte, en efecto, sean una retribución directa de la labor que desempeñó la demandante Anyela Gómez. Por el contrario, consideran que tal como se indicó por RH GOLD S.A.S. la cláusula tercera de su contrato de trabajo establece con meridiana claridad que este rubro tiene como objetivo es el mejor desempeño de las funciones de la demandante, porque acá no se puede establecer, como se estableció por parte del despacho, que este rubro únicamente constituía una comisión, pues en ningún momento se habló de comisión anterior a la suscripción del otro sí del 2017. Que precisamente lo que están alegando, lo que se establece en la teoría del caso tanto de SALUD TOTAL EPS-S S.A. como de RH GOLD S.A.S. es que dicho pago no es una comisión, era un medio de transporte para el mejor desempeño de sus funciones. Entonces no puede ser que simplemente se establezca el nexo de causalidad entre la prestación del servicio y el pago. Que no se estableció, no se valoró a la luz de lo que debía ser el artículo tercero, en el que no solamente se establecía que la persona debía lograr la afiliación de una persona, sino todas las actividades posteriores que tienen relacionamiento con las actividades y las obligaciones de su contrato de trabajo. Entonces, si tienen actividades, si tienen relacionamiento con su contrato de trabajo y si son necesarios para el desarrollo de su contrato de trabajo, y si las partes pactaron un rubro con ese destino, tal como se estableció en el presente contrato, pues no puede ser simplemente considerada como una comisión, como se indica por parte del Despacho, entonces consideran que ese no es un pago



retributivo y que por tanto está dentro del artículo 128. Que era válido que RH GOLD S.A.S. le quitara su incidencia salarial. Por otra parte, la parte de equipos productivos se establece por parte del despacho que no existe material probatorio que pudiese desvirtuar la calidad salarial de dicho pago, cuestión que tampoco compartimos con el despacho, pues sí hay material probatorio suficiente y es primero la confesión de la demandante. La demandante claramente confesó en su interrogatorio de parte que este pago era grupal y, que dependía del esfuerzo mancomunado de un grupo para la causación, para la exigibilidad y el pago del mismo. Luego, si es un pago grupal, no es un pago directo por la labor de la demandante, es un pago por el esfuerzo mancomunado de una persona, y si no es una retribución directa de lo que hace o deje de hacer la demandante, entonces no es un pago salarial y era completamente válido otra vez a la luz del artículo 128, modificado por la Ley 50 de 1990, que no se le otorgara incidencia salarial. Otro punto es que como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia el auxilio de equipos productivos no fue un pago habitual. Que según el cuadro que les mostró el fallador de primera instancia dentro de la exposición de su sentencia, se evidencia que fue ocasional y con unas condiciones establecidas de manera clara. Entonces considero que no es cierto que no existe material probatorio que desvirtuara que fuera no salarial. Entendemos que la jurisprudencia ha indicado que, por regla general, todo pago que recibe el trabajador es salario, pero acá se demuestra con absoluta claridad, con meridiana certeza que este pago no era retributivo a la labor, sino que era mancomunado de un grupo de personas, de un grupo comercial. Entonces no puede establecerse su incidencia salarial. Otro punto, es frente a la buena fe o mala fe de RH GOLD S.A.S., señala que le parece un poco llamativo que el Juez utilizara adjetivos como grosero, evidente y grotesco y dijera que simplemente se desalarizó una comisión, pues esto lo hace con base en otros procesos y, otras pruebas que se practicaron en otros procesos, pero que aquí las partes no conocieron personalmente, por tanto, no entiende porque se está haciendo referencia a otros expedientes cuando los efectos de las sentencias son interpartes. Indica que no encuentra que sea una forma indicativa de mala fe de la parte demandada para efectos de este rubro. Que existen motivos claros, motivos atendibles que demuestran o que muestran que no existió un dolo o una intención objetiva de defraudar al trabajador frente a lo que son estos medios de transporte que consideramos aún que son un pago no salarial. Solicitan que se valoren estas actividades por medio de la cual el Despacho establece la mala fe del contratista, cuando en efecto estas pruebas o el libre convencimiento que le da a ello está es por otras partes, por unos supuestos calcos de lo que era la cooperativa de trabajo asociado. Indica incluso que era la política de la cooperativa de trabajo asociado, situación que no está demostrada en este caso, que es individual y que es totalmente distinto a otros casos en cuyas pruebas no han sido traídas acá, entonces considera que los motivos de la mala fe o por la cual se declara la mala fe de la contratista, es parte con base en ello. Otro punto, es el tema de la prescripción, pues encuentra a folio 312 del expediente ACTA individual de reparto y la demanda se presentó el 17 de enero de 2020, por lo que la prescripción debió haberse declarado desde el 17 de enero de 2017, luego los derechos exigibles con anterioridad a esa fecha no podían ser fulminados por el despacho judicial, esto es, lo que implica la totalidad de los intereses de las cesantías, de las primas, de las vacaciones, y en especial del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, porque si el término trienal de la prescripción se dio desde el 22 de enero de 2017, pues obviamente la exigibilidad de las cesantías o el pago deficitario de las cesantías de 2015 y 2016 no estaban o se encuentran acogidas por este fenómeno prescriptivo.. Finalmente, en lo que respecta a la solidaridad de SALUD TOTAL EPS-S S.A. con base en el artículo 34, r consideran que no es válido dicha condena, teniendo en cuenta que en el presente caso debe compararse la actividad que fue contratada con RH GOLD S.A.S. con las actividades que son propias del objeto social de la EPS; el contrato de mandato con RH GOLD S.A.S. establece una serie de actividades que



están más enfocadas hacia lo que respecta al tema comercial, tanto en preventas, en venta y en posventa, circunstancia que no es una actividad normal de la EPS porque SALUD TOTAL EPS-S S.A. dentro de las actividades principales, lo que tiene es garantizar el plan de beneficios en salud. Que el objeto contractual que tiene con RH GOLD S.A.S. difiere totalmente del objeto social de SALUD TOTAL EPS-S S.A. y no es una actividad normal en el giro ordinario de sus negocios. Entonces consideran que no se puede configurar la solidaridad del artículo 34.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver los recursos de apelación planteados, se tiene que no hay discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora ANYELA GÓMEZ MAHECHA y GOLD RH S.A.S. entre el 14 de enero del 2014 y el 14 de junio del 2019, como quiera que esto no fue tema de apelación. Tampoco se controvierte que entre GOLD RH S.A.S. y SALUD TOTAL EPS-S S.A. se suscribió contrato para tercerizar (outsourcing) la actividad de afiliar usuarios a la EPS.

Siendo necesario precisar, que si bien en anteriores providencias se ha establecido que en el caso de trabajadores que al igual que la aquí demandante fueron contratadas para gestionar las afiliaciones de la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., existió una verdadera relación laboral con la EPS para la cual se prestó el servicio, al establecerse que existió intermediación laboral, lo cierto es, que en este caso en particular, el fallador de primera instancia declaró que el contrato de trabajo debía declararse entre GOLD RH S.A.S. y no con SALUD TOTAL EPS-S S.A., lo cual no fue apelado, por lo que no se puede hacer ningún pronunciamiento al respecto.

En cuanto a la declaratoria como factor salarial de los denominados *medios de transporte y reconocimiento de equipos productivos* reconocidos por la demandada GOLD RH S.A.S., se tiene que el primer rubro, se encuentra descrito en la cláusula TERCERA del contrato de trabajo que suscribiera la actora con dicha sociedad en mención, así:



TERCERA. MEDIOS DE TRANSPORTE. EL EMPLEADOR reconocerá y pagará en favor de EL (LA) TRABAJADOR(A) como medios de transporte los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para diligenciar formularios, para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte dispuestas; las sumas sobre cada cotizante que cumplan las siguientes condiciones a saber: a) Que las afiliaciones se hagan en aquellas ciudades y municipios en donde el cliente tenga red de prestadores de servicios activo. b) Que las afiliaciones se efectúen a trabajadores independientes, afiliados a través de agrupadora, el asignado (NIT), y que sea de carácter privado. Las condiciones de este literal deberán cumplirse conjunta y no optativamente. Si se trata de afiliación de trabajadores independientes, afiliados a través de agrupadora, el medio de transporte solamente se generará, si la afiliación y pago de la autoliquidación se efectúan a través de una entidad agrupadora debidamente constituida como persona jurídica y con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, y debidamente autorizada por la Vicepresidencia de Mercadeo y Ventas o quien haga sus veces. c) Correcto diligenciamiento de todos los formularios del período. d) Que la asignación de I.P.S. primaria y A.R.L., se haya efectuado mediante el diligenciamiento del espacio correspondiente en el formulario de inscripción; e) Anexos legales y contractuales debidamente radicados; f) Pago, por parte del cotizante de la correspondiente cotización o aporte previo, por la totalidad de los días del mes respectivo; g) Compensación efectuada ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA, la cual debe haberse efectuado por mes completo. lo cual sólo sucede en el evento en que la cotización se efectúe por los 30 días del respectivo mes. **PARAGRAFO PRIMERO:** Estos medios de transporte únicamente se pagarán una vez, por afiliación de cada cotizante. independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente. **PARAGRAFO SEGUNDO:** En el evento en el cual EL EMPLEADOR pague a EL(LA) TRABAJADOR(A), medios de transporte por un usuario que haya compensado, y al mes siguiente dicho usuario sea reportado por FOSYGA como multi-afiliado, EL(LA) TRABAJADOR(A) queda obligado a devolver el valor correspondiente al medio de transporte pagado por dicho usuario compensado. Así las cosas, EL EMPLEADOR queda desde ahora expresamente facultada para descontar este valor de los medios de transporte que posteriormente sean pagados al asesor. **PARAGRAFO TERCERO: CARÁCTER NO SALARIAL.** Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que los beneficios y/o auxilios mencionados en la presente cláusula no constituyen salario y que por lo tanto no se tendrán en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral a cargo de EL EMPLEADOR y en favor de **EL(LA) TRABAJADOR(A)**, que de conformidad con la ley laboral, deba calcularse con base en el salario devengado por EL(LA) TRABAJADOR(A) y de conformidad con lo establecido por los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, norma subrogada por los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 ni para la liquidación de aportes al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales. **PARAGRAFO**

De su sola lectura se establece que contrario a lo indicado por esta demandada en su recurso, sí retribuye el servicio y por ende, tal texto de la cláusula en mención, visible a folio 89 del archivo “09ContestaciónRhGold”, se torna ineficaz; lo anterior por cuanto el pago del mismo, tiene como consecuencia la *gestión de afiliación efectiva que realice y actividades conexas*; resultando claro que tal pago sí retribuía directamente el servicio para el cual fue contratada la actora, que se itera, fue la promoción de afiliaciones a la Eps Salud Total, lo cual coincide con la confesión realizada por la señora Sara Camargo representante legal de RH Gold SAS quien si bien insistió en que la empresa lo que pagaba era el desplazamiento de sus trabajadores, señala que en caso de que los trabajadores se desplazaran pero no se realizara la afiliación no se les daba el auxilio por medios de transporte, lo cual confirma que el auxilio si se otorgaba por la gestión de afiliación, por lo que sí retribuía el servicio.

Adicionalmente, el carácter salarial de dicho rubro, fue objeto de estudio por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1430 de 2018, en los siguientes términos:

En ese orden, no queda duda que los «incentivos de transporte» sí remuneran el servicio para el que se contrató al demandante, pues están directamente relacionados con la cantidad de afiliaciones efectivas a posibles beneficiarios del plan obligatorio de salud ofrecido por la EPS como actividad principal de su objeto social.

En cuanto al rubro de reconocimiento de **equipos productivos**, se tiene que no obra en el plenario documental que dé cuenta del fundamento para la concesión de tal concepto; no obstante ello y revisados los comprobantes de nómina aportadas de folios 102 a 165 del archivo “09ContestaciónRhGold”, que fueran tenidos en cuenta para el cálculo la reliquidación objeto de condena, se observa que a la actora sólo se le pagó de forma habitual el denominado pago *auxilio para medios de transporte* y, el de equipos productivos bajo estudio, únicamente lo recibió en mayo, junio, julio, septiembre y noviembre del 2014, enero y mayo del 2015, mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2016 y, enero del 2017, de lo que se concluye con claridad que este no fue recibido de forma habitual y por ende, no es posible considerarlo factor salarial en los términos del artículo 128 del CST., debiéndose **modificar** el numeral primero de la sentencia recurrida, pues únicamente el factor denominado *medios de transporte*, constituye factor salarial y, por ende se hace necesario liquidar nuevamente la condena impartida en primera instancia.

Al revisar las nóminas allegadas en el expediente aportadas de folios 102 a 165 del archivo “09ContestaciónRhGold” se encuentra que a la demandante se le pagaron las siguientes sumas por concepto de auxilio de medios de transporte:

Año	Mes	Auxilio para medios de transporte
2014	ENERO	
	FEBRERO	
	MARZO	
	ABRIL	\$ 948.700
	MAYO	\$ 2.751.600
	JUNIO	\$ 1.275.000
	JULIO	\$ 1.034.500
	OCTUBRE	\$ 900.000
	NOVIEMBRE	\$ 1.216.500
	DICIEMBRE	\$ 1.050.600
	Promedio 2014	\$ 9.176.900
2015	ENERO	\$ 1.066.100
	FEBRERO	\$ 797.200
	MARZO	\$ 709.000
	ABRIL	\$ 786.800
	MAYO	\$ 1.962.300
	JUNIO	\$ 1.613.500
	JULIO	\$ 1.191.500
	AGOSTO	\$ 1.684.500
	SEPTIEMBRE	\$ 1.425.500
	OCTUBRE	\$ 1.730.500
	NOVIEMBRE	\$ 858.000
	DICIEMBRE	\$ 3.022.000
2016	Promedio 2015	\$ 16.846.900
	ENERO	\$ 2.177.517
	FEBRERO	\$ 1.594.000



	MARZO	\$ 696.000
	ABRIL	\$ 2.071.250
	MAYO	
	JUNIO	\$ 2.060.500
	JULIO	\$ 2.434.508
	AGOSTO	\$ 2.055.250
	SEPTIEMBRE	\$ 2.348.000
	OCTUBRE	\$ 1.842.250
	NOVIEMBRE	\$ 2.082.233
	DICIEMBRE	\$ 2.097.500
Promedio 2016		\$ 14.920.241
2017	ENERO	\$ 2.424.017
Promedio 2017		\$ 2.424.017

Teniendo en cuenta que se estableció que el auxilio para medios de transporte recibido por la demandante sí constituye factor salarial y, que no fue tenido en cuenta al momento de liquidarle sus acreencias laborales, se procede a reliquidarlas, para lo cual primero se pasa a estudiar la excepción de prescripción.

Excepción de prescripción

El fallador de primera instancia señala que los aportes a seguridad social son imprescriptibles. Indicó que para las cesantías el término se contabiliza desde la finalización del contrato, por lo que declara no probada la excepción de prescripción frente a dicha acreencia y, señala que frente a las demás acreencias laborales se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción frente a las causadas con anterioridad al **16 de junio del 2016**.

La recurrente SALUD TOTAL EPS-S S.A. señala que la prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda, por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad al 17 de enero del 2017 y no el 16 de junio del 2016. Por su parte, GOLD RH S.A.S. señala que la reliquidación de aportes no es imprescriptible y que las cesantías prescriben desde el momento en que se haya hecho exigible y, no se contabiliza el término prescriptivo desde la terminación del contrato.

Para resolver las inconformidades planteadas debemos remitirnos al artículo 488 del CST el cual establece que las acciones prescriben en 3 años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Por su parte, el artículo 489 ibidem establece que el simple reclamo escrito del



trabajador recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por una sola vez.

Al revisar el expediente se evidencia que le asistió razón al fallador de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción en relación con las cesantías reclamadas como quiera que la CSJ ha sido clara entre otras en la sentencia SL 3112-2023 al señalar que el término de prescripción para la reclamación del auxilio de cesantía se empieza a contar a partir del día siguiente a la terminación del contrato y, no como lo pretende el apoderado de GOLD RH S.A.S. Por tanto, al haber finalizado el vínculo laboral el **14 de junio del 2019** y, al haberse radicado la demanda el 17 de enero del 2020 conforme se evidencia en el archivo “02ActaReparto”, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal, por lo que se confirma este punto.

En cuanto a la aplicación de la prescripción frente al pago de las diferencias en el pago de aportes a pensión tomando en cuenta los valores reales de los salarios percibidos por la demandante con la inclusión del beneficio que se determinó como factor salarial, la Corte Suprema de Justicia ha indicado en la sentencia SL 2666-2023, contrario a lo señalado por el apoderado de GOLD RH S.A.S. que dichas diferencias son imprescriptibles por la naturaleza del derecho y su estado de formación, por lo que se confirma este punto-

En cuanto a las demás acreencias laborales, encuentra la Sala que le asiste razón al apoderado de SALUD TOTAL EPS -S S.A. al señalar que en este caso lo que interrumpe la prescripción es la presentación de la demanda el **17 de enero del 2020**, por lo que se debe contabilizar es desde esa fecha y, no desde la terminación del contrato, los 3 años que establece la norma precitada, por lo que se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales causadas con anterioridad al **17 de enero del 2017** y, no como lo dijo el *A quo* con anterioridad al 16 de junio del 2016. Esto con excepción de las vacaciones dado que estas prescriben dentro de un período de 4 años, al ser exigibles dentro del año siguiente a su causación, por lo que aquel fenómeno opera respecto de las generadas con anterioridad al 17

de enero del 2016 (SL 305-2024). Es necesario precisar, que como el *A quo* había establecido la prescripción en relación con las vacaciones causadas con anterioridad al 16 de junio del 2016, lo cual no mereció ningún reparo de la parte demandante, siendo el único apelante SALUD TOTAL EPS-S S.A. a quien no se le puede hacer más gravosa su situación, se dejará en cuanto a las vacaciones que la prescripción opera en relación a las causadas con anterioridad al 16 de junio del 2016. (sentencia SL 321-2024).

Liquidación acreencias adeudadas

Teniendo en cuenta que se condenó a liquidar las **cesantías** causadas durante toda la relación laboral, se liquidan y se descuenta la suma pagada por el empleador de \$8'081.117, lo cual no mereció reparo de ninguna de las partes y, se evidencia que se adeuda la suma de **\$3'499.547** por reliquidación de cesantías, por lo que se modificará el literal a) del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada.

	PROMEDIO ANUAL	PROMEDIO SALARIO MENSUAL	SALARIO BASE DE LIQUIDACION			DÍAS TRABAJADOS	
AÑO				DESDE	HASTA		CESANTIAS
2014	\$ 15.777.358	\$ 1.314.780	\$ 1.314.780	14/01/2014	31/12/2014	347	\$ 1.267.302
2015	\$ 25.604.654	\$ 2.133.721	\$ 2.133.721	1/01/2015	31/12/2015	360	\$ 2.133.721
2016	\$ 30.613.611	\$ 2.551.134	\$ 2.551.134	1/01/2016	31/12/2016	360	\$ 2.551.134
2017	\$ 31.120.889	\$ 2.593.407	\$ 2.593.407	1/01/2017	31/12/2017	360	\$ 2.593.407
2018	\$ 27.406.601	\$ 2.283.883	\$ 2.283.883	1/01/2018	31/12/2018	360	\$ 2.283.883
2019	\$ 9.954.769	\$ 1.659.128	\$ 1.659.128	1/01/2019	14/06/2019	163	\$ 751.216
TOTAL							\$ 11.580.664

VALOR PAGADO	\$ 8.081.117
SALDO	\$ 3.499.547

Al realizar las demás operaciones aritméticas teniendo en cuenta la prescripción aquí declarada, se encuentra que se adeuda por concepto de **intereses a las cesantías** la suma de **\$875** y, por primas de servicio la suma de **\$87.534** por lo que se modificará el literal b) y c) del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia.

En cuanto a las vacaciones al hacer las operaciones aritméticas se evidencia que se adeuda la suma de \$1'166.732,21, suma ligeramente superior a la

condenada por el fallador de primera instancia en la suma de \$1'158.799, por tanto, como este punto no fue apelado por la parte demandante y, no pudiendo hacerse más gravosa la situación del único apelante se confirmara el literal d) del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia.

AÑO	SALARIO BASE DE LIQUIDACION	Intereses a las cesantías	Prima de servicio	Vacaciones
2016	\$ 2.131.463,00	PRESCRITO	PRESCRITO	\$ 1.065.731,50
2017	\$ 2.424.017,00	875	\$87.534	\$ 101.000,71
TOTAL				

Indemnización moratoria artículo 65 CST y sanción por no consignación de cesantías

Indica la sociedad GOLD RH S.A.S., que no incurrió en conductas constitutivas de mala fe; posición que también se sostiene por parte de SALUD TOTAL EPS-S S.A.

Para resolver este problema jurídico, debemos recordar que la Sala de Casación Laboral de la CSJ de manera reiterada entre otras en la sentencia SL 669-2024 ha señalado que, dado el carácter sancionatorio de la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar el actuar de mala fe por parte del empleador, quien puede exonerarse al demostrar razones que justifiquen su actuar.

Es necesario precisar, que si bien esta Magistrada ponente en un proceso anterior contra SALUD TOTAL EPS-S S.A. y GOLD RH S.A.S. confirmó una condena por indemnización moratoria lo hizo al considerar que GOLD RH S.A.S. no podía ser eximida por haber incurrido en actos de intermediación laboral sin estar autorizada para el efecto; sin embargo, en este proceso en particular, el fallador de primera instancia no declaró una intermediación laboral, sino que en su criterio lo que existió fue la tercerización de un servicio encontrando como empleador de la demandante a GOLD RH S.A.S. y, no a SALUD TOTAL EPS-S S.A. lo cual no fue apelado por la parte demandante.



Ahora, al revisar este caso en particular y con las pruebas allegadas dentro del expediente, no se evidencia un actuar de mala fe de la pasiva al excluir las sumas pagadas a la actora del carácter salarial que se demostró estas tenían. Lo anterior por cuanto, se evidencia de la suscripción del pacto de exclusión salarial que actuó bajo el convencimiento que al suscribir el mismo, le restaba índole salarial a dicho pago y como lo ha indicado reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL 3073 de 2023, lo que se evidencia en esta oportunidad fue una firme convicción de que dicho auxilio de habitación estaba amparado por un pacto de exclusión salarial y no medió la intención rotunda del empleador de negarle tal índole a dicho pago al punto que para su pago se amparó en lo señalado en el artículo 128 del CST, por lo que se dispondrá **revocar** los literales e) y f) del numeral PRIMERO de la decisión recurrida, para en su lugar ABSOLVER a la pasiva de la condena allí impuesta, ordenando en su lugar indexar las demás sumas objeto de condena.

Responsabilidad solidaria de SALUD TOTAL EPS-S S.A.

Habiendo quedado declarado que el empleador de la actora es GOLD RH S.A.S. quien suscribió con SALUD TOTAL EPS-S S.A. un contrato para tercerizar un servicio -afiliación a la EPS-, lo cual se reitera no fue apelado, es claro que GOLD RH S.A.S. actuó bajo la figura del contratista independiente conforme lo ha enseñado la CSJ entre otras en la sentencia SL 4479-2020 y, se regula por el artículo 34 del CST, en donde se establece que el beneficiario del trabajo, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa.

Ahora, se equivoca el apelante cuando sostiene que se debe comparar los objetos sociales de GOLD RH S.A.S. y, SALUD TOTAL EPS-S S.A. para establecer que son diferentes y, que no opera la solidaridad; pues como acertadamente lo indicó el fallador de primera instancia, lo que se compara es



la actividad desarrollada por la demandante -afiliaciones a la EPS- y el objeto social de la beneficiaria de la labor SALUD TOTAL EPS-S S.A., siendo claro que la labor de afiliación de usuarios a la EPS no es una labor extraña a la actividad normal de la EPS, conforme lo establece el artículo 177 de la ley 100 de 1993, por lo que SALUD TOTAL EPS-S S.A. si es solidariamente responsable; razón por la cual se confirmara el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada.

Diferencia en el pago de aportes a pensión

En la sentencia de primera instancia se ordenó reliquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde el 14 de enero de 2014 y hasta el 14 de junio de 2019 **teniendo en cuenta los salarios mensuales indicados en la parte considerativa y en la liquidación anexa** a la sentencia. Teniendo en cuenta que al desatar el recurso de apelación se decidió que el auxilio de equipos productivos no era factor salarial se modificará la condena para ordenar que se reliquiden los aportes con el valor faltante que corresponde al auxilio de medios de transporte el cual quedó determinado anteriormente.

Costas

Por último y en cuanto a la cuantía de condena en costas que reprocha la parte demandante, se tiene que esta no es la etapa procesal respectiva, para cuestionar dicha decisión en los términos del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE



PRIMERO: MODIFICAR el literal a), b), c) del numeral primero de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los cuales quedarán así:

- a) \$3'499.547 por concepto de reliquidación del auxilio de cesantías
- b) \$875 por concepto de reliquidación de intereses sobre las cesantías
- c) \$87.534 por concepto de reliquidación de primas de servicios

SEGUNDO: REVOCAR el literal e) y f) del numeral primero de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar ABSOLVER a la pasiva de la condena allí impuesta, ordenando en su lugar indexar las demás sumas objeto de condena.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de los intereses a las cesantías y primas de servicios con anterioridad al 17 de enero del 2017.

CUARTO: MODIFICAR literal g) del numeral primero de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar condenar a reliquidar los aportes al sistema de seguridad social teniendo en cuenta las sumas pagadas por concepto de auxilio de medios de transporte, las cuales se relacionaron en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.



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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2021-161-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ISABEL CRISTINA MARÍN

DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 6 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ISABEL CRISTINA MARÍN ORTIZ, demanda a la UGPP, solicitando se declare que fue retirada de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde el 27 de junio de 1999, por haber cumplido más de 20 años de servicio a esa entidad, que su derecho pensional se causó en dicha data, esto es, mucho antes de la vigencia del AL 01 de 2005, que tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o mesada 14 a partir del 14 de junio de 2008, data para la cual, alcanzó los 50 años de edad; como consecuencia de tales declaraciones petitiona se condene a la demandada a liquidar y restablecer el pago de dicha mesada desde junio de 2020, junto con indexación hasta la inclusión en nómina.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero por más de 20 años, siendo terminada su vinculación el 27 de junio de 1999, data para la cual, no había alcanzado los 50 años de edad, que adquirió estatus pensional en dicha data y a través de resolución No. 619 de marzo de 2009, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 14 de junio de 2008, junto con mesadas adicionales, que de manera sorpresiva y unilateral, la demandada suspendió el pago de la mesada adicional de junio o mesada 14 a partir de junio de 2020.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 5, 6 y 9 y negó los demás; propuso como excepciones las que denominó improcedencia del derecho alegado por la derogatoria normativa – inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales para el pago de mesadas adicionales, improcedencia de condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar a la demandante ISABEL CRISTINA MARÍN ORTIZ, la mesada 14 o mesada adicional del mes de junio.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a pagar las mesadas adicionales causadas y adeudadas desde el mes de junio de 2020, por un valor retroactivo de \$7.122.824,81, con corte a la mesada de junio de 2022 debidamente indexada, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta que se haga su ingreso en nómina de pensionados y las que se sigan causando a futuro.

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

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de controversia que la demandante había prestado sus servicios para

la Caja Agraria entre el 16 de mayo de 1975 al 27 de junio de 1999, por espacio de más de 24 años, como tampoco que le había sido reconocida pensión de jubilación convencional a partir del 14 de junio de 2008.

Refirió en cuanto a la mesada adicional o de junio, que esta se encontraba prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, norma que indicaba que el pago de esta procedía para todos los pensionados y se cancelaría en el mes de junio de cada año, por su parte, el AL 01 de 2005 indicaba respecto de esta, que su reconocimiento procedía, únicamente para los pensionados, que recibieran una prestación menor a 3 SMLV y siempre y cuando esta se causara antes del 31 de julio de 2011.

Por lo señalado en precedencia, indicó que para que tuviera lugar la mesada peticionada, el derecho pensional, debía haberse causado con anterioridad a la entrada en vigencia del AL 01 de 2005 y que la mesada pensional fuera igual o inferior a 3 SMLV; respecto de ello, la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL 2804 de 2022, precisó que en los casos en que se reconocía una pensión de jubilación, cuando la disposición legal aludía para su reconocimiento al tiempo de servicios mínimo y desvinculación del servidor a la entidad, la edad para acceder a la prestación constituía un requisito de exigibilidad y no de goce, de manera que si dicha edad se alcanzaba con posterioridad a la expedición del AL 01 de 2005, el derecho pensional no se veía afectado.

Por lo anterior, quienes hubieran reunido los requisitos de tiempo y retiro del servicio y que estuvieran pendientes de arribar a la edad exigida para el reconocimiento de la pensión, gozarían de un derecho adquirido, no teniendo incidencia la enmienda constitucional, siendo la edad un requisito de exigibilidad y no de causación del derecho y a la demandante, le había sido reconocida pensión de jubilación en observancia de lo previsto en el artículo 41 de la Convención Colectiva suscrita entre la Caja Agraria y la organización sindical Sintracreditario, estableciéndose en el parágrafo de dicha disposición que el trabajador que se hubiera retirado del servicio sin alcanzar la edad, en el caso de las mujeres de 50 años, tenía derecho a la pensión al llegar a dicha edad y con 20 años de servicios, dejándose como requisito de disfrute la edad y así se había pronunciado la CSJ en sentencias como la SL2804 de 2022.

Así las cosas, el derecho pensional de la demandante, se había causado con el retiro del servicio de esta de la Caja Agraria, esto es, el 27 de junio de 1999, habiendo cumplido más de 20 años de servicio, pero no 50 años de edad, por lo que había adquirido estatus pensional a la fecha de la finalización de la

relación laboral, teniendo derecho al pago de las 14 mesadas anuales y por ende a la reactivación del mismo a partir de junio de 2020, como quiera que había acreditado los requisitos para el efecto previo a la expedición del AL 01 de 2005, haciéndose la prestación pensional exigible el 27 de junio de 1999, al contar con los 20 años de servicios, contando con un derecho adquirido para la fecha de expedición del Acto Legislativo en comento, debiéndose condenar a su pago retroactivo.

Indicó respecto de la excepción de prescripción que la demandante había agotado reclamación administrativa frente a las mesadas adicionales no pagadas, el 29 de junio de 2020 y radicó la acción judicial en el año 2021.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad **demandada** señaló que a la demandante no le asistía derecho al reconocimiento y pago de mesada adicional, por cuanto dicha prestación había sido derogada en virtud de lo previsto en el AL 01 de 2005, el que dispuso que las prestaciones pactadas de forma extralegal, mantendrían su vigencia por el término inicialmente pactado y en virtud de los principios de sostenibilidad financiera y equilibrio del sistema general de seguridad social en pensiones, el Acto Legislativo, imponía un límite temporal para el reconocimiento de prestaciones extralegales de orden convencional o contractual.

Recalcó que si bien la demandante se había retirado del servicio en 1999, la prestación se había reconocido en su favor para el año 2008, en cuantía de \$1.439.732, superando los 3 SMLV de la época, no siendo factible el reconocimiento de la mesada 14 en su favor, indicó que la condena en costas no era de recibo por cuanto el asunto debatido correspondía a la jurisdicción ordinaria y esa entidad había obrado de buena fe, ajustándose a la normatividad vigente.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que como lo indicó la decisión de primer grado, no fue objeto de reparo que a la actora le fue reconocida pensión de jubilación prevista en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 de la extinta Caja Agraria, prestación que empezó a disfrutar para el año 2008.

Al respecto y contrario a lo manifestado por la parte demandada en su recurso y alegaciones, en lo que refiere a la interpretación del parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral¹, al tratarse la prestación reconocida al actor de una pensión de jubilación regulada por el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Crédito Público y la organización sindical Sintracreditario, es posible contrastar la prestación que se reclama con lo normado en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, toda vez que para la causación del derecho pensional se requiere cumplir **únicamente con el tiempo de servicios, esto es, 20 años continuos o discontinuos al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero siendo la edad de 55 años en el caso de demandante, simplemente un requisito de exigibilidad, mas no de causación, se reitera.**

Así las cosas y como bien adujo la decisión de primer grado, de la simple lectura del parágrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo que se analiza, lo que se infiere sin mayor esfuerzo es que convencionalmente no se acordó que junto con el tiempo de servicios el trabajador activo tenía también que cumplir la edad correspondiente, puesto que lo que dice de la norma convencional es que el trabajador que se retira o es retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años en el caso de los hombres, y 50 en el caso de las mujeres, tienen derecho a la pensión convencional de jubilación una vez cumplan la edad mencionada, siempre y cuando haya reúna el requisito de 20 años de servicios prestados a la institución, tiempo se acredita en el presente caso.

En consecuencia, procede señalar a la demandada que la edad no es más que un requisito habilitante o de exigibilidad que no puede confundirse con la naturaleza de causación de la cual si goza el cumplimiento de tiempo de servicios.

Sentado lo anterior, en lo que respecta al reconocimiento de la mesada No. 14, preciso resulta mencionar que conforme a la fecha en que causó la pensión de la señora Isabel Marín, esto es, el 27 de junio de 1999, data para la cual, dejó de prestar sus servicios para la Caja Agraria, se encontraba vigente la norma que consagraba la mesada 14 para todos los pensionados sin excepción alguna, y como lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6473 radicado 60193 de 2014, oportunidad en que señaló; *“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad*

¹ CSJ SL289 Rad.62107 del 14 de febrero de 2018, SL526 Rad.63158 del año 2018 y SL5030 de 2019.

de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”

Conforme lo anterior, es clara la procedencia del reconocimiento de la mesada adicional reclamada por el demandante, **con independencia del valor de la misma**, ya que se itera para la fecha de causación del derecho, año 1999, dicha mesada se encontraba vigente para **todos** los pensionados sin excepción alguna.

En cuanto al término prescriptivo, aspecto que se revisa en **consulta**, es bien sabido que el derecho pensional objeto de discusión al interior del presente proceso es imprescriptible, no así, sobre las mesadas pensionales que se causen con ocasión al reconocimiento de la prestación y que no sean reclamadas en el término de tres años siguientes a su causación, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo anterior, en el presente caso se observa que la demandante reclamó la reactivación de pago de mesada adicional ante la demandada el 29 de junio de 2020, radicando esta acción judicial el 16 de abril de 2021, razón por la cual, las mesadas pensionales reclamadas en esta oportunidad, no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Por último, no hay lugar a variar la condena en costas teniendo en cuenta que en efecto la demandada fue vencida en juicio al no prosperar las excepciones por ella propuestas, en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP, habiendo lugar a **confirmarse** la sentencia en su totalidad.

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 la parte motiva de este proveído.

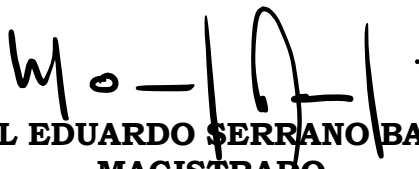
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2019-00196-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR CUELLAR ABELLO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de enero del 2023.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL PILAR CUELLAR ABELLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que la afiliación efectuada el día 25 de febrero del 2000 es nula por falta de consentimiento informado e ilegalidad de la misma. Como consecuencia, SE ORDENE a COLFONDOS S.A. que autorice su traslado a COLPENSIONES junto con los aportes que obran en u historia labora; se ORDENE a COLPENSIONES que reciba su afiliación y, acredite en su historia laboral el tiempo cotizado a la AFP Colfondos, junto con las costas del proceso.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se vinculó a trabajar con la Universidad Piloto de Colombia el día 01 de febrero de 1985 con contrato de trabajo a término indefinido como profesora de cátedra, en donde laboró hasta el año 2008; que dicha universidad no le realizó los aportes correctamente; que después de estar en el ISS el 25 de febrero del 2000 se trasladó a Colfondos S.A. en donde se encuentra afiliada actualmente; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que presentó reclamación administrativa sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 3; niega el 6 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 y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 3; negó el 4 y 5, 23 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora MARÍA DEL PILAR CUELLAR ABELLO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 25 de febrero de 2000. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas.

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

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

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que debía demostrarse que se brindó la información necesaria para el momento del traslado, lo cual no se hizo en este proceso; pues si bien se le informaron características del RAIS, lo cierto es que no se le brindó información sobre su situación particular. Que ni siquiera fue aportado el formulario de afiliación. Que teniendo en cuenta que la demandante era beneficiaria del régimen de transición debían haberla desalentado de su traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación argumentando que la información que extraña la parte demandante se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, la cual es de



conocimiento de todos los ciudadanos desde su expedición y, no se puede alegar su ignorancia. Que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria y, que con el interrogatorio de parte quedó probado que si recibió una asesoría. Que no es dable requerir la misma rigurosidad en la asesoría brindada a la demandante que la que se exige actualmente. Que la demandante tuvo la oportunidad de retractarse y no lo hizo. Que la inconformidad gira en torno al valor de la mesada pensional, lo cual no da lugar a la ineficacia o nulidad. Que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora María del Pilar Cuellar Abello, 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 2000; siendo ésta entidad en la que se encuentra afiliada actualmente. (Ver expediente digital)

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 María del Pilar Cuellar Abello, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2000; 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 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.

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, indicando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar, que podía pensionarse antes y que sus aportes eran heredables, lo cual fue reiterado por los testigos Victoria Eugenia Mena Rodríguez y Eduardo Alarcón Fernández.

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.

No pudiendo tampoco la demandada 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.



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 ineffectividad 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 como lo pretende 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 a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineffectividad 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.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el



valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2022-239-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor JUAN PABLO MELO, 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 (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de enero de 2023.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ineficacia del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., así como los demás traslados que realizara entre administradoras, por cuanto la materialización del acto jurídico de vinculación y tránsito de administradora pensional contenía el error como uno de los vicios del consentimiento. Como consecuencia de tal declaración peticiona que se tenga como única afiliación válida la primera afiliación efectuada a Colpensiones y se reactive la misma sin solución de continuidad, que se ordene a Skandia S.A., reconocer, aceptar y trasladar con destino a Colpensiones todos los valores recaudados por todo el tiempo el tiempo que la demandante permaneció vinculada al RAIS, que se ordene a Porvenir y Skandia S.A., a pagar la reparación de los perjuicios morales así como al pago de las costas y agencias en derecho y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis señalando que nació el 13 de agosto de 1967, que se encontraba inicialmente afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 4 de marzo de 1993, hasta el 11 de mayo de 1994, que el 11 de mayo de 1994, se produjo el primer traslado al régimen del sector privado a través de Porvenir S.A., con fecha de efectividad a partir del 1 de junio de dicha anualidad hasta el día 30 del mes de junio 1997, que el 29 de febrero de 2008, realizó un traslado del régimen del sector público al régimen del sector particular por medio de Porvenir S.A., con fecha de inicio a partir del 1 de abril de dicha anualidad hasta el 31 de mes de julio de 2019, que el 13 de junio de 2019, se generó una movilización horizontal de la demandante al interior de dos de las diversas administradoras que integran el RAIS, ello es, de Porvenir S.A., a Skandia S.A., con fecha de entrada para hacer parte de esta última a partir del 1 de agosto de 2019, hasta la fecha de hoy permanece afiliada y haciendo los respectivos aportes al mismo.

Indica que los promotores de servicio comercial tanto de la AFP Porvenir S.A., como de Skandia S.A., al realizar la respectiva salida del régimen pensional del sector público al sistema privado de ahorro, le indicaron que Colpensiones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

estaba inmerso en una crisis financiera, que sólo le hicieron saber los beneficios, bondades y atractivos que de pasarse le podría brindar el fondo particular, frente a lo que tendría y recibiría en el ISS hoy Colpensiones, que no le indicaron los inconvenientes de cambiarse del régimen al que inicialmente pertenecía, así como las consecuencias negativas o desventajas que le emanarían, que nunca le indicaron que en el fondo de pensiones privado la pensión sería mucho menor de la que aproximadamente le hubiera correspondido en el RPM, correspondiente a \$4.500.000, siendo en el RAIS de \$3.000.000

Refiere que el 21 de enero de 2022, elevó derecho de petición a Colpensiones solicitando la anulación de la afiliación del ISS a Porvenir S.A., que el 27 de enero de esta misma anualidad, Colpensiones dio respuesta indicando que no es procedente anular la afiliación, por cuanto lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, que el 26 de enero de 2022, solicitó ante Colpensiones copia de la afiliación firmada al fondo privado, copia de los documentos y anexos que le fueron suministrados por parte del fondo de pensiones privado al momento de la afiliación, copia de la proyección del monto de la pensión realizada por el fondo de pensiones al momento de la afiliación, historia laboral, saldo de la cuenta de ahorro individual y copia de los traslados realizados entre los diferentes fondos, que el 27 de enero de 2022, Colpensiones dio respuesta a cada una de las peticiones, que el 21 de enero de 2022, le solicitó a Porvenir la anulación de la afiliación, que el 10 de febrero de 2022, Porvenir le indicó que no resultaba jurídicamente procedente, que el 10 de febrero de 2022, que el 25 de enero de 2022, peticionó a Skandia la información antes elevada ante Colpensiones, que el 14 de febrero de 2022, Skandia dio respuesta al derecho de petición, señalando que siempre actuó de buena fe y de conformidad con las reglas que rigen la materia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos negó los No. 3, 5, 7 a 16, 21, 22 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Por su parte, **Skandia S.A.**, respecto de las pretensiones declarativas No. 1, 2 y 4 no se opuso ni se allanó y se opuso a la prosperidad de las demás, en cuanto a los hechos negó los No. 3, 5, 7 a 16, 21, 22 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 14, 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR, y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP SKANDIA a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

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

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

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

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que en cuanto a la ineficacia, en primer lugar, se establecía que las pretensiones de la demanda no se encaminaban a aplicar regímenes de transición y por lo tanto era necesario indicar que conforme las pruebas aportadas, la demandante se trasladó del RPM al RAIS, específicamente a Porvenir en mayo de 1994, que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, los cotizantes que no pueden trasladarse de un régimen a otro cuando le falten 10 años para cumplir la edad de pensión, bajo esta disposición legal vigente, la señora Lilia Elvira González cuando hizo el primer traslado y al momento de la presentación de la demanda, estaba dentro del término señalado por la norma pero cuando hace la solicitud de la demanda este tiempo ya estaba vencido, por vía de interpretación positiva no había apoyo normativo para su solicitud.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en que se apoya la Corte Suprema de Justicia, le permitió aplicar la teoría del precedente que había creado la Corte Constitucional indicando que las decisiones que contengan una ratio decidendi de la CSJ o de los Tribunales de Cierre constituyen obligatoriedad para el operador judicial. Para que se aplique el precedente es necesario que se den tres identidades: 1) Que la ratio decidendi que contiene la sentencia que se pretende aplicar como precedente se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso que se resuelve: 2) Que dicha ratio deba resolver un problema jurídico semejante al que se propone; y 3) Que los hechos sean equiparables no necesariamente idénticos. Dadas estas tres identidades es obligatorio para el operador aplicar el precedente y si se desea apartar podrá hacer una argumentación lo suficientemente soportada para separarse de la decisión. En este caso, no se separa de la decisión, se aplica el precedente pero evidentemente la CSJ desde la SL 440 de 2021, ha señalado que se debe aplicar el precedente teniendo en cuenta los presupuestos señalados por la Corte Constitucional pero este no es automático, hay que estudiar las subreglas que ha establecido la Corte en la aplicación del caso que se analiza.

La primera subregla es que cuando se hace la manifestación que no hubo consentimiento informado, se traslada la carga de la prueba para que sea el fondo de pensiones quien pruebe que se le dio la información como lo señala entre otras o reiteración SL 2229 de 2022, que indica que la afirmación realizada por el trabajador se acredita con el hecho positivo contrario, es decir, que se le suministró la asesoría de manera correcta. Al respecto, la Corte en el sentido de esta línea, reiterando jurisprudencia en la 2484 de 2022, recuerda que es la obligación de las administradoras demostrar que no hubo asimetría en la información y por lo tanto proveer a los jueces de todos los medios de convicción que permitan dar certeza que al momento de producirse el traslado entre regímenes, el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente. Ha reiterado la Corte en la Sentencia 2483 de 2022, que las leyendas en los formatos de afiliación impresas, como que la afiliación se hizo libre y voluntariamente y sin presiones, no permite demostrar que el consentimiento fue informado, tal vez el consentimiento sin vicio pero no el informado que es el que requiere o reclama la Corte en este tipo de asuntos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte insiste en otras subreglas señalando que el traslado conlleva al deber del buen consejo por parte de los fondos de pensiones, quienes deben procurarle al trabajador o cotizante información para el disfrute de la pensión, indicándole de manera puntual las condiciones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

favorables o desfavorables para el disfrute de la misma como lo refiere la Sentencia 3188 de 2022, la Corte indica que la información también debe estar presente en todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta el momento del disfrute de la misma. La información debe ser veraz y suficiente frente a las implicaciones del traslado, aunado a que la Corte agrega otra subregla que es el tema de que son expertos en el manejo de los recursos captados del público, que son las cotizaciones que se hacen a un costo muy bajo y, por ello, deben dar la mejor asesoría en cuanto a los rendimientos no solamente de los recursos que están comprometidos sino al disfrute pensional, circunstancia que no aparece acreditada en el caso de la señora González, que se le hubiese dado esa información indicándole cuáles eran las condiciones, a pesar de que la señora demuestra tener cierta agilidad mental, señala que no tenía conocimiento.

Por otra parte, se alega en este tipo de procesos donde hay varios fondos comprometidos los actos de relacionamiento, que tiene que ver con que se hacen traslados horizontales y en ese momento la Corte indicó en la Sentencia 1055 de 2022, que en el momento de esos traslados horizontales se le daba la información de los beneficios que pudiera ofrecer el sistema pensional en la modalidad de ahorro individual pero en el presente caso si bien se realizaron este tipo de traslados, los fondos que intervinieron no demostraron que en estos actos se hubiesen desplegado actividades que le hubieran dado de manera detallada y precisa, los requisitos al momento del primer traslado.

Como no se demostró que la información conforme a la línea jurisprudencial se le hubiese dado a la demandante en la forma requerida, se debería declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Fondo de Pensiones Porvenir, en consecuencia, los efectos de la ineficacia estaban contenidos en otra subregla de la CSJ, en la cual se señala que la afiliación desinformada genera la ineficacia en estricto sentido del acto jurídico, debiéndose retrotraer las cosas al estado en el que estaban como si el traslado jamás hubiese ocurrido, debiendo los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros y devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

utilidades pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones. Igualmente, la Corte agregó en la Sentencia 3156 de 2022, que este criterio se aplica frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo tanto, en aplicación a dichas disposiciones y a esta línea jurisprudencial, se declaró la ineficacia del traslado de la demandante, ordenando Skandia fondo en donde estaba afiliada la demandante a trasladar todos los aportes de la señora Lilia Elvira Gonzáles Rojas, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con los rendimientos a Colpensiones, debiendo en todo caso Porvenir y Skandia asumir cada uno con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración en la proporción al tiempo en que estuvo afiliada en cada uno de ellos. De igual manera, Colpensiones debía recibir a la actora al RPM, en tanto que al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS se entiende que debió permanecer afiliada en todo momento a dicho régimen, es decir, el RPM.

Indicó respecto de los perjuicios morales reclamados por la demandante, que no había lugar a imponer condena, en atención a que no se acreditó dentro del expediente dicha afectación como tampoco manifestó las situaciones fácticas ocasionadas por dichos daños.

RECURSOS DE APELACIÓN

Skandia S.A., recurrió de manera parcial para que revoque la condena impuesta a dicha administradora, tendiente a devolver los gastos de administración como quiera que estos fueron descontados en virtud de una mandato legal como lo establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, máxime que se están ordenando devolver no solamente los aportes sino todo lo habiente en la cuenta de ahorro individual, esto quiere decir incluyendo los rendimientos, motivo por el cual se estaría desconociendo que Skandia S.A., realizó unas gestiones administrativas para poderle dar estos dineros adicionales que en este fallo se están ordenando devolver, estos dineros se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

generaban mediante una cuota de administración que se le descuenta a la demandante, motivo por el cual se le estaría causando un grave perjuicio a Skandia como quiera que dichos emolumentos se descontaron para darle esos rendimientos de lo que hoy en día la demandante goza.

La misma suerte corre con respecto a las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes como quiera que estos porcentajes son descontados en virtud de mandato legal de la Ley 100 de 1993, que van encaminados a cubrir expresamente esos riesgos de invalidez y sobrevivientes mediante un contrato de aseguramiento, por lo que no se puede desconocer que desde la fecha en que la demandante suscribió formulario de vinculación con Skandia ha estado asegurada para dichos riesgos, si bien es cierto no había surgido ningún siniestro no se puede desconocer que el objeto del aseguramiento ha estado garantizado, por lo que no sería dable para Skandia devolver dichos emolumentos, máxime teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, y el Concepto bajo el Radicado 20191521690303000 del 15 de enero de 2020, por la Superintendencia Financiera en el cual se estableció que efectivamente que lo único que se debe trasladar de la cuenta de ahorro individual cuando se declara la ineficacia de la afiliación es lo que haya en la cuenta de ahorro individual, es decir, los aportes y los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos más el porcentaje de pensión de garantía mínima, luego en ninguno de estos mandatos legales se establece que se deben devolver las comisiones ni mucho menos los seguros presionales cuando ya han sido objeto de aprovechamiento por la demandante.

Colpensiones, interpuso recurso en contra de la decisión de declarar la ineficacia de traslado y, por ende, Colpensiones a recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual de la actora conforme los argumentos esgrimidos previamente en los alegatos relativos a la inexistencia de un vicio del consentimiento en los contratos de afiliación, que la actora no se encontraba en un régimen de transición, que de la prueba de interrogatorio de parte conforme los lineamientos de la CSJ no fue posible establecer esa falta al deber de información, como quiera que la demandante no prueba la inadecuada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

asesoría alegada y si bien la carga de la prueba se traslada a los fondos de pensiones por ser entidades financieras expertas en el tema, se reitera que la información brindada se demostraba con el formulario de afiliación, conforme los Decretos 663 de 1993, y 1642 de 1995.

Igualmente afirmó que la decisión de ineficacia del traslado generaba una descapitalización al sistema pensional pues pone en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás cotizantes. Finalmente, si no se acogen tales argumentos se confirme la decisión con el reintegro de la totalidad de las cotizaciones como son los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, la anulación de bonos pensionales, el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración pues Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS, 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 11 de mayo de 1994, como se verifica de copia de dicha documental allegada por la AFP en mención y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que realizara la actora a Colpensiones, el 14 de mayo de 1997, hacía Porvenir S.A., el 29 de febrero de 2008, y por último, a Skandia S.A., el 13 de junio de 2019, de conformidad con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP Skandia.

En este orden, la figura de la ineficacia, ha sido objeto de estudio por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha indicado respecto de dicha figura en sentencia con radicado No. 33083 de 2011,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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; 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, contrario a lo manifestado por Colpensiones en 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. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por Colpensiones en sus recurso, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Lilia Elvira González Rojas, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP 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 lo desfavorable; no pudiéndose por ende considerar su traslado como libre y voluntario cuando no conocía las implicaciones de dicha decisión.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 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 Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta como erradamente lo afirman Colpensiones en su recurso y Skandia en etapa de alegaciones, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la actora, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

En cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por otra parte y en cuanto al argumento de la recurrente Skandia S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado de **manera indexada y no están sujetos al término prescriptivo**, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por parte del Juzgador de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado. Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Skandia S.A., emanado por la Superintendencia Financiera, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

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

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.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202200239-01 Dte: LILIA ELVIRA GONZÁLEZ ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR 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 lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2021-109-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BLANCA NIEVES ESTUPIÑÁN
DEMANDADO: ACERÍAS PAZ DEL RÍO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 18 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora BLANCA NIEVES ESTUPIÑÁN, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que el señor Otoniel Niño, tenía la calidad de jubilado en vida por Acerías Paz del Río, estatus que le fuera otorgado desde el 6 de abril de 1991, que dicha prestación tiene la calidad de ser compartida, para ello la demandada estaba en obligación de seguir cotizando para el cubrimiento de los riesgos de IVM al ISS hoy Colpensiones, que es beneficiaria de la sustitución pensional de quien fuera su compañero

permanente, señor Otoniel Niño, que la demandada desde el mes de febrero de 2019, le adeuda la diferencia de la pensión compartida; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada al pago de dicha diferencia, reajustes anuales de la pensión convencional desde el 1 de enero de 1997, retroactivo e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Otoniel Niño ingresó a laborar para la demandada el día 23 de enero de 1958 y hasta el 6 de junio de 1975, laborando un total de 33 años, 2 meses y 12 días como Supervisor General Taller Mecánica en Mina la Chapa, devengando como salario en el último año de servicio, la suma de \$155.979, que fue pensionado por dicha sociedad a partir del 16 de junio de 1975, que desde esa fecha, le era descontada una parte de su pensión con destino al extinto ISS, para el cubrimiento de los riesgos de IVM.

Indica que el señor Otoniel fue pensionado por el ISS hoy Colpensiones, mediante resolución 00476 de 1996, que como dicha prestación era de carácter compartido, Acerías Paz del Río, cancelaba la diferencia respecto de lo pagado por el ISS, que el señor Otoniel falleció en julio de 1999, siéndole reconocida a ella sustitución pensional por resolución 1471 de julio de 2020, que desde dicho reconocimiento, la demandada cancelaba a su favor la cuota parte de la diferencia pensional, la que dejó de pagar desde febrero de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 3, 4, 5, 7 a 12 y parcialmente los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación en cabeza de mi representada, pago, en cuanto a los intereses moratorios, en cuanto a la indexación, compensación, buena fe, prescripción y cobro de lo no debido.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la sociedad demandada de las pretensiones incoadas por la demandante; condenando en costas a esta última.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que, se encontraba probada la calidad de pensionado por jubilación del causante y por parte de la demandada a partir de 1991, que igualmente, se había allegado oficio en el que la sociedad le informaba al causante, el reconocimiento de dicha pensión y que una vez cumpliera 55 años de edad, debía seguir cotizando al ISS a fin de que llegara a la edad de 60 años y ese Instituto compartiera el pago de pensión a que hubiera lugar, que el señor Otoniel había fallecido para 1999, por lo que el estudio de dicha prestación se debía analizar conforme las normas vigentes a dicha anualidad y para el efecto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 consagraba los beneficiarios de la pensión de sobreviviente, el Decreto 2879 de 1985, artículo 18, consagraba la compartibilidad de las pensiones, indicando que los patronos registrados en el ISS, que otorgaran a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación extralegales a partir de octubre de 1985, continuarían cotizando para los riesgos de IVM hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos para el reconocimiento pensional de vejez, oportunidad en que el entonces ISS la reconociera, estando a cargo del empleador, únicamente el mayor valor de la prestación si lo hubiere.

Refirió que la demandada había negado el pago de las sumas reclamadas indicando que no había surgido diferencia alguna entre la mesada pensional que venía pagando y la reconocida por el ISS, que de conformidad con la resolución expedida por el ISS mediante la cual reconoció pensión de vejez al señor Otoniel, conforme las normas del régimen de transición, se indicó que el retroactivo causado, debía ser generado a favor de su empleador, esto es, la demandada, que había quedado probado el reconocimiento de sustitución pensional a la demandante en el año 2002, inicialmente en cuantía del 50% y el otro 50% a favor de hija menor, en resolución SUB 289543 de 2017, por medio de la cual, Colpensiones reliquidó la prestación pensional y comunicación en la Acerías Paz del Río, indica suspender el pago de la prestación a favor de la actora por cuenta de la reliquidación mencionada, al no existir diferencia alguna entre dichas prestaciones, con anterioridad a dicha reliquidación, se demostraba que la pasiva había girado a favor de la demandante sumas mensuales que ascendían a \$33.734, el que se hizo hasta el 30 de noviembre de 2017, siendo el último valor pagado por dicha diferencia, la suma de \$67.444.

Que se encontraba acreditado que la pensión de vejez reconocida, fue reliquidada, ascendiendo a la cuantía de \$1.390.824 y la pensión de jubilación

había sido reconocida inicialmente en cuantía de \$113.089,53 a partir de abril de 1991 y al indexar dicha cantidad al 2017, aplicando la fórmula de indexación, arrojaba una suma de \$1.376.440, encontrando que la pensión reconocida por Colpensiones para la misma data, 2017, ascendía a \$1.390.824, siendo claro que al igualar las 2 pensiones, vejez y jubilación, la primera superaba la de jubilación y por ende, no existía un mayor valor a reconocer a la demandante, debiéndose absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor Otoniel Niño, que tuvo lugar en el año de 1999, como tampoco que, disfrutó de pensión de jubilación que le fuera reconocida por Acerías Paz del Río a partir del 6 de abril de 1991 en cuantía de \$113.089,53, para posteriormente ser reconocida a su favor pensión de vejez por parte del entonces ISS a través de resolución 004676 de 1996 a partir del 13 de marzo de dicha anualidad en cuantía de \$284.468.

De igual forma, quedó demostrada la calidad de beneficiaria de dichas prestaciones respecto de la demandante, a quien en primer momento le fue sustituida la pensión de jubilación por parte de la demandada y a través de comunicación expedida por esta última el 6 de diciembre de 1999, que obra en expediente digital, lo propio en cuanto a la prestación por vejez que le fuera sustituida por Colpensiones en diciembre de 2017.

En cuanto a lo peticionado, resulta pertinente resaltar que tampoco fue materia de discusión que la prestación que inicialmente fuera reconocida por la pasiva al causante, tenía el carácter de **compartida**, lo que se plasmó de manera clara en comunicación dirigida al señor Otoniel, mediante la cual fue informado de dicho reconocimiento pensional, indicándole que este procedería hasta el cumplimiento de los 60 años, oportunidad en que esa sociedad, en los siguientes términos:



ACERÍAS PAZ DEL RÍO, S.A.
CORRESPONDENCIA INTERNA

Al contestar, indicar el número

Paz de Río, 23 de febrero de 1991

Lugar y Fecha

DELEGADA RELACIONES HUMANAS

De: **Señor OTONIEL NIÑO VELANDEA**
Registro 63400.6 - La Chapa

Para:

Asunto: **Su pensión de jubilación**

Me permito manifestarle que atendiendo su solicitud contenida en comunicación de 26 de febrero de 1991 y por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, la Empresa procede a dar por terminado su contrato de trabajo, por la justa causa prevista en el numeral 14 literal a) del artículo 7o. del Decreto Ley 2351 de 1965; a partir del 06 de abril de 1991, fecha en la cual comenzará a disfrutar de su pensión de jubilación. En consecuencia su última jornada de trabajo será el viernes 05 de abril.

La pensión de jubilación que se reconoce será en cuantía del 75% del salario promedio del último año de servicios, la cual será compartida con la pensión de vejez que el Instituto de Seguros Sociales, otorga cuando usted cumpla la edad de sesenta (60) años, para lo cual será necesario seguir cotizando al ISS, hasta llegar al requisito de edad.

Respecto de la figura de la compartibilidad, esta ha sido objeto de amplio desarrollo por parte de la Sala Laboral de la CSJ, que sobre el particular en reciente sentencia SL 725 de 2024, M.P. Luis Benedicto Herrera, indicó:

Al respecto, importa a la Sala recordar que ante el hecho de que los trabajadores puedan llegar a ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma cómo, a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación, dado que así fue expedido el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese año y, posteriormente, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que claramente se dispuso:

ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales. (Subrayado de la Sala)

La normativa citada pretendió evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran dos prestaciones, una de orden extralegal y la otra legal, a menos de que en forma expresa

en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes pactaran lo contrario; y a efecto de asegurarle al titular de éstas el pago de la de mayor cuantía, estableció que si el valor de la prestación patronal era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de aquella, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar, únicamente, la diferencia o mayor valor, lo cual se ha denominado «compartibilidad».

De suerte que, en el evento de no resultar suma alguna a cargo del inicialmente obligado, por ser la pensión de vejez un rubro superior, responde solamente la entidad de seguridad social en virtud de la subrogación impuesta legalmente a ella, momento a partir del cual queda el empresario exonerado de la obligación (CSJ SL2576-2021). (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia, como en el caso bajo estudio se pactó la compartibilidad de la prestación, una vez la pensión legal de vejez fuera concedida al causante, la pasiva únicamente estaba en la obligación de reconocer el mayor valor entre la prestación que venía pagando y la reconocida por la entidad de seguridad social. Para el caso bajo estudio y como quedó demostrado, el entonces ISS hoy Colpensiones, efectuó reconocimiento pensional de vejez a favor del señor Otoniel Niño a partir del 13 de marzo de 1996 y en cuantía de \$284.468, la que posteriormente fuera reliquidada por Colpensiones en el año 2017, acto administrativo en el que indicó que a esa anualidad, la mesada pensional ascendía a \$1.390.824; evidenciándose que conforme las pruebas aportadas al plenario, fue a partir de dicha anualidad que la pasiva dejó de pagar a la demandante el mayor valor resultante entre las prestaciones en comento, lo que adujo esta sociedad, se dio como consecuencia de la reliquidación de la prestación por vejez.

Así las cosas, procede verificar si existe un mayor valor entre la prestación por jubilación, que, para abril de 1991, fue reconocida por la pasiva en cuantía de \$113.089,53, y la pensión de vejez reliquidada por Colpensiones, que para 2017, correspondía a la suma de \$1.390.824; lo que se determina efectuando la indexación de la prestación reconocida en el año 1991 al año 2017, data para la cual, fue reliquidada.

Realizada la operación aritmética en comento, se observa que la suma reconocida por concepto de pensión de jubilación en el año 1991, actualizada al año 2017, corresponde a \$1.259.541 y como se señaló, para esta última anualidad, Colpensiones reliquidó la prestación pensional sustituida a la

demandante, en cuantía de \$1.390.824, verificándose que como bien lo adujo la decisión de primer grado, no existe un mayor valor a reconocer por parte de la sociedad Acerías Paz del Río, razón suficientes para **confirmar** la sentencia consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 27-2021-00182-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ELMER ENRIQUE VALENCIA VALENCIA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería al Dr. JUAN PABLO MELO ZAPATA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.551.950 y tarjeta profesional No. 268.106 del C.S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 08 de febrero del 2023.

ALEGACIONES



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

ANTECEDENTES

El señor ELMER ENRIQUE VALENCIA VALENCIA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE la ineficacia de la afiliación por medio de la cual se trasladó al RAIS a la AFP Porvenir, atendiendo a la falta en el deber de información; que se DECLARE que nunca estuvo afiliado al RAIS. Como consecuencia, SE CONDENE a COLPENSIONES a aceptar el traslado del régimen pensional; se CONDENE a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 14 de noviembre de 1961, contando a la fecha de presentación de la demanda con 59 años de edad; que desde el 15 de abril de 1985 al 31 de julio del 2002 realizó cotizaciones al Seguro Social hoy Colpensiones; que desde el mes de agosto del 2022 hasta la fecha ha laborado con diferentes empleadores realizando cotizaciones a la AFP Porvenir; que suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir el día 30 de julio del 2002; que para la fecha del traslado contaba con 722 semanas; que cuenta a marzo del 2021 con 1678 semanas; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, 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 1, 5, 18, 22 y, 24; manifestó no constarle el 2, 3, 4, 6, 7, 20, 21, 23, 26, 27 y 28 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.

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 6, 23 y 27; dijo que el 28 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor ELMER ENRIQUE VALENCIA VALENCIA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ELMER ENRIQUE VALENCIA VALENCIA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor ELMER ENRIQUE VALENCIA VALENCIA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000.00 como agencias en derecho....”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio jurisprudencial de la CSJ; que no se probó en el presente proceso que se le haya brindado la información necesaria a la demandante al momento del traslado y que no bastaba con la firma del formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que en el transcurso del proceso no se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por el accionante, ni tampoco se probó la falta de información al momento de la asesoría. Que al revisar el formulario de afiliación suscrito por el demandante bajo la gravedad de juramento en el mismo se encuentra la manifestación expresa de que el traslado se realizó por su propia voluntad; por tanto, la afiliación al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales; que nunca manifestó su deseo de retractarse; que no se evidencia un vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo; que duró en el RAIS por más de 20 años, por lo que no se puede señalar después de tanto tiempo que fue engañado; que el demandante no cumplió con la carga probatoria.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Elmer Enrique Valencia Valencia, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con



Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 2002; fondo en el que se encuentra afiliado actualmente.

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

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

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



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Elmer Enrique Valencia Valencia, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2002; 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 RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

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



autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la **obligación de otorgar asesoría y buen consejo** -artículo 3.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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, a la AFP no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.



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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que 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 2002, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

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

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, como lo pretende Colpensiones en su recurso, 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, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:



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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002**, 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.

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

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)

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

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

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2021-00432-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: TOMÁS RODOLFO IBAÑEZ SANTIAGO
DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor TOMÁS RODOLFO IBAÑEZ SANTIAGO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que tiene derecho a que le sea reconocido una pensión convencional especial de vejez a partir del 01 de octubre del 2017 con base en la convención colectiva de trabajo 1991-1993 parágrafo 4° del artículo 113 suscrita por la Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo de



Santa Marta y el sindicato de trabajadores; se ORDENE a la UGPP expedir el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de la pensión convencional especial de vejez a partir del 01 de octubre de 2017 en cuantía equivalente al 55.20% del promedio mensual devengado en el último año de servicios debidamente indexada la primera mesada pensional; se ORDENE a la UGPP incluirlo en nómina de pensionados en calidad de pensionado de la extinta Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo de Santa Marta; ORDENAR el pago de las mesadas adeudadas a partir del 01 de octubre del asta la fecha de inclusión en nómina, junto con el pago de los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 01 de octubre de 1957; que fue contratado como trabajador oficial por la extinta Empresa Puertos de Colombia-Terminal Marítimo de Santa Marta; que suscribió el 30 de abril de 1981 contrato de trabajo indefinido con la empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo de Santa Marta; que inició con la función propia de mensajero categoría 2, dependiente del grupo de Archivo y Correspondencia de la empresa Puertos de Colombia; que posteriormente fue reubicado en el cargo de estibador, bajo la modalidad de contrato de trabajo a destajo con salario a una tarifa establecida en la Convención Colectiva de Trabajo y sujeta a las toneladas y volúmenes en operaciones de movilización en carga y descargue de mercancía en tránsito por el Terminal Marítimo de Santa Marta, que estuvo afiliado como trabajador activo al sindicato de trabajadores del Terminal Marítimo de Santa Marta “SINTRATERMAR”, llegando a ocupar en los dos últimos años el cargo de Presidente del sindicato; que laboró para la empresa Puertos de Colombia del 30 de abril de 1981 al 31 de diciembre de 1993; que laboró por 12 años, 7 meses y 13 días; que la terminación del contrato fue por la liquidación y extinción definitiva de la Empresa Colpuertos; que al momento de su retiro se encontraba cobijado por la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1991-1993; que devengó en el último año de servicios un total de \$144'463.841.09; que devengó un promedio mensual en el último año de servicios de \$12'038.653,41; que al momento de



su retiro consolidó el derecho de causación toda vez que había laborado por 12 años, 7 meses y 13 días, para que le fuera reconocida la pensión de vejez una vez cumpliera los 60 años de edad; que el valor de la primera mesada pensional debidamente indexada corresponde a la suma de \$12'910.047,75; que solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 34, 49, 54 y 55; negó el 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 15, 16, 21, 24, 26, 29, 30, 31, 39, 48 y 53; manifestó no constarle el 8, 12, 13, 14, 17, 22, 23, 25, 28 y 32 y dijo que los demás no eran un hecho. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa existencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compartibilidad de la pensión y, la in o genérica

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante TOMAS RODOLFO IBAÑEZ SANTIAGO, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada. **TERCERO:** Si esta decisión no es apelada, consúltese con el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social..”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico planteado consiste en establecer si el señor demandante tiene derecho al reconocimiento y liquidación de su pensión, conforme lo dispuesto en el parágrafo cuarto del artículo 113 de la Convención Colectiva de trabajo suscrito entre la empresa de puerto de Colombia y el Sindicato de Trabajadores de la Terminal Marítimo de Santa Marta. Que al verificar el cumplimiento de los requisitos convencionalmente



previstos, en el parágrafo cuatro mencionado, se prevé que cuando un trabajador cumpla 60 años de edad y más de 10 años de servicio y menos de 20 años, la empresa le reconocerá una pensión especial de vejez, la cual será liquidada con base en el 30% durante el último año de servicios, más el 2% de cada por cada año de servicio. Que se encuentra probado el tiempo de servicio con la certificación de liquidación realizada por la empresa de puertos de Colombia, liquidación en el cual se indica que el señor Tomás Ibáñez Santiago ingreso a la empresa el 30 de abril de 1981 y se retiró el 30 de diciembre de 1993 y tuvo licencia (suspensiones) por 19 días, es decir, que tuvo un tiempo efectivo de servicios de 12 años, 7 meses y, 12 días. En cuanto a la edad, la misma se acredita con el Registro Civil de nacimiento del demandante, en el que se indica que nació el primero de octubre de 1957, por lo que cumplió 60 años de edad el primero de octubre del 2017. Sin embargo, conforme al parágrafo cuarto del artículo 113 convencional, se puede establecer que para acceder a la pensión allí contemplada constituye un requisito obtener la calidad de trabajador para el momento en que se acredite el cumplimiento de los 60 años de edad, por lo que no puede entenderse que si los cumple finalizado el contrato de trabajo se cumple con los requisitos, pues tanto la edad como el tiempo de servicios son requisitos de causación conforme lo estipulado en la convención, lo cual ha sido objeto de pronunciamiento en la sentencia SL 5160-2018.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación argumentando que el demandante cumple uno de los requisitos que es el requisito estructural de tiempo causado, porque la vigencia de las relaciones contractuales de trabajo con objeto de la aplicación directa de las normas convencionales explica con facilidad que la edad pensional por ella prevista son un requisito de estructuración por eso al lado de los otros presupuestos como por ejemplo el tiempo de servicios, el cumplimiento de la edad pensional durante la vigencia determina siendo una consecuencia necesaria de su naturaleza temporal. No ocurre lo mismo cuando la prestación se extiende a los extrabajadores de la empresa pues en tal caso la edad establecida para el acceso a la pensión no esta atada a la relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario



a una situación particular o personal individual por lo tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho sino como una condición de exigibilidad, goce y disfrute. Por tanto, los requisitos para acceder a la pensión convencional se reducen a dos: la prestación del servicio durante un tiempo determinado que en este caso es más de 10 años y la terminación del vínculo, y la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad. Solicita se revise la sentencia SL 3343-2020.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate la relación laboral sostenida por el demandante Tomás Ibáñez Santiago y la empresa Puertos de Colombia – Terminal marítimo de Santa Marta, la que tuvo vigencia, de manera ininterrumpida entre el 30 de abril de 1981 y el 30 de diciembre de 1993, con licencias y/o suspensiones por 19 días, lo que da un total de 12 años, 7 meses y 12 días conforme aparece en la liquidación de su contrato. (Ver expediente digital archivo “01Demadna”).

Determinado lo anterior, la Sala analizará si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión contemplada en el parágrafo 4° del art. 113 de la convención colectiva con vigencia 1991-1993 suscrita entre la Empresa Puertos de Colombia y el Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo de Santa Marta, no habiendo ofrecido reparo que fue beneficiario de dicho instrumento cuando se encontraba vigente el vínculo laboral que sostuvo con la empresa Puertos de Colombia.

Dicho parágrafo prevé que *“cuando un **trabajador** cumpliera sesenta (60) años de edad y más de diez (10) años de servicio, y menos de veinte (20), la Empresa le reconocerá una pensión especial de vejez. Esta pensión será liquidada con base en el treinta por ciento (30%) del salario devengado durante el último año de servicio, más el dos (2%) por cada año de servicio.”*

El problema jurídico radica en definir si la edad en esta cláusula convencional es un requisito de causación como lo indicó el fallador de primera instancia en su sentencia, o si por el contrario, es un requisito de



exigibilidad como lo sostiene la apoderada de la parte demandante en su recurso.

Siendo necesario precisar que basta con leer la cláusula convencional, para determinar que le asiste razón al fallador de primera instancia, pues de la simple lectura de la norma convencional, se evidencia que en dicha cláusula el requisito de la edad es un requisito de causación y, no de exigibilidad, pues es clara al señalar “**cuando un trabajador** cumpliera 60 años de edad”, es decir, que era necesario que la edad se cumpliera en vigencia del contrato de trabajo.

Lo anterior, encuentra además sustento, al remitirnos a la interpretación de dicha cláusula, conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral el cual no es otro que el expuesto en la sentencia SL 5160-2018 en el cual al estudiar dicha normatividad se señaló lo siguiente:

“De la lectura de la anterior normatividad transcrita, no se desprende que la intención de las partes haya sido la de darle efectos retroactivos a la pensión proporcional de vejez allí prevista, haciéndola extensiva a aquellos trabajadores retirados de la empresa Puertos de Colombia, ya que dicho precepto se refiere a «un trabajador», lo cual significa que el beneficio cubre a aquella persona que tenga el vínculo laboral vigente.”

En igual sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 12715-2014 en la que indicó:

“Esta Corporación al estudiar la posibilidad de que los beneficios consagrados en convenciones colectivas se apliquen a trabajadores retirados, ha considerado que al tenor de lo dispuesto en el art. 467 C.S.T., en armonía con lo consagrado en los cánones 468, 470 y 471 del mismo estatuto, por regla general, ello no es posible, a menos que las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad acuerden lo contrario. Por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 35338, expresó:



Debe advertir la Sala, como lo ha establecido en otras oportunidades, si bien la convención colectiva de trabajo contiene rasgos propios de las leyes, su ámbito de aplicación se reduce únicamente a la comunidad laboral que de acuerdo con las reglas de los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo, se beneficia de ella, esto es, a los trabajadores activos, sin que esa regla sea absoluta, porque las partes pueden pactar la aplicación del instrumento de negociación a quienes no sean trabajadores; así, en sentencias de 22 de abril de 2008 y 2 de junio de 2009, radicados 32604 y 34314, respectivamente, se recordó que "el acto convencional fija las condiciones que rigen los contratos de trabajo, de donde es dable entender que, salvo estipulación en contrario, no aplica a situaciones que no constituyen ya esa clase de relación laboral".

Así las cosas, si las partes no pactaron expresamente en la convención colectiva de trabajo 1991-1993 que a la pensión proporcional de jubilación allí prevista podían acceder los ex trabajadores, no puede ahora el demandante pretender beneficiarse de esa prestación[...]

Por tanto, es claro que conforme al tenor de la cláusula convencional, en este caso la edad no es tan sólo un requisito de exigibilidad, sino que es un requisito de causación, por tanto debía cumplirse en vigencia del contrato de trabajo y, como esto no ocurrió es claro que el demandante no tiene derecho a la pensión convencional pretendida; razón por la cual se deberá confirmar en su integridad la absolución impartida por el fallador de primera instancia.

Finalmente, es necesario señalar a la apoderada del demandante que no es posible aplicar lo dispuesto en la sentencia SL 3343-2020 como quiera que en ella está estudiando una norma convencional que fue redactada de forma diferente y, por tanto, allí la edad sí era tan sólo un requisito de exigibilidad,



no como ocurre en el presente caso, siendo claro que cada empresa tiene una norma convencional diferente. **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 expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2021-00512-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EDWIN MARTÍNEZ GARCÍA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y, COLPENSIONES y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de febrero del 2023.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor EDWIN MARTÍNEZ GARCÍA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE que la ineficacia de la vinculación al RAIS efectuada por la AFP SKANDIA para el mes de noviembre de 1995 por cuanto existió error de hecho que vicio el



consentimiento y, no se cumplió con el deber de información; se declare la ineficacia de los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP SKANDIA, PORVENIR y COLFONDOS a registrar en su sistema de información que el demandante no efectuó ninguna afiliación válida a dichas administradoras; CONDENAR a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación del demandante; CONDENAR a la AFP SKANDIA a devolver a Colpensiones todas las suma de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual del demandante consistente en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 16 de mayo de 1962; que laboró para el empleador COSPA LTDA desde el 19 de julio de 1986 hasta el 19 de julio de 1995, alcanzando a cotizar un total de 51.86 semanas, tal y como consta en la historia laboral de Colpensiones; que también realizó cotizaciones a COLPENSIONES a través del empleador COSPA LTDA, JARDINES DE COLOMBIA, FCA CALZADO HEVEA LT e INDUSTRIA CAUCHO; que en noviembre de 1995 se afilió a la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA; que dicha AFP no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que en agosto del 2007 se trasladó a la AFP PORVENIR quien tampoco le brindó la información necesaria al momento del traslado; que el 11 de mayo del 2016 se trasladó a la AFP Colfondos S.A.; que solicitó la anulación o ineficacia de su traslado sin obtener una respuesta favorable..

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 21; aceptó parcialmente el 6 y 28; negó el 9, 10, 11 y 14 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen ni el traslado de



fondo; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica.

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 negó el 15, 16, 17, 19, 22 y 23 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 3, 4, 5, 26 y 27; niega el 2 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor EDWIN MARTÍNEZ GARCÍA al régimen de ahorro individual el 06 de octubre de 1995, con fecha de efectividad el 01 de noviembre de la misma anualidad, por intermedio de PENSIONAR, HOY SKANDIA S.A., quedando por la ineficacia también el traslado realizado a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del



régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor EDWIN MARTÍNEZ GARCÍA por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el momento de afiliación del demandante y durante el tiempo de permanencia de éste con dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA S.A. -ultimo fondo al que se encuentra afiliado actualmente el demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor EDWIN MARTÍNEZ GARCÍA. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de SKANDIA S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., de manera individual.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado ya existía el



deber de brindar la información necesaria a los futuros afiliados al momento del traslado. Que este criterio ha sido ampliamente desarrollado por la CSJ. Que en el presente caso no se probó haber brindado la información necesaria por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con el formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que la ineficacia debe sustentarse en los postulados legales que regulan la materia referente a los traslados de recursos entre regímenes de pensiones encontrando que el Decreto 3995 del 2008 art. 7° señala que en este caso se debe trasladar cuando opere un traslado de recursos del RAIS al RPMPD los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y el fondo de garantía de pensión mínima, pero no indica de manera taxativa que deba recaer sobre los gastos de administración y las primas de seguro previsionales; por lo que solicita la revocatoria parcial de esta sentencia, para que sean excluidos estos emolumentos. Que los gastos de administración fueron utilizados para la correcta administración de la cuenta del demandante y se pagaron las correspondientes primas, por lo que estos rubros están en manos de las aseguradoras respectivas y no de Skandia. Que pese a que no se solicitó en la demanda, ni se hizo una fijación del litigio, ni se adelantó una controversia como tal, se ordenó la indexación de manera oficiosa, por lo que solicita la revocatoria. Que hay sentencias del Tribunal de Cali que revoca la condena de indexación de esos rubros. Que al pagarse los rendimientos de un acto que se declaró ineficaz se compensa la depreciación del poder adquisitivo. Solicita que se aplique la prescripción frente a esos conceptos, pues no cubren la pensión del demandante.

Por su parte, la **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que la devolución de los gastos de administración de manera indexada no fue solicitado al presentar la demanda; que esto no fue discutido dentro del proceso; que se debe acatar el principio de congruencia y se limite



a lo realmente solicitado por el demandante. Que una de las funciones es mantener la rentabilidad mínima en la cuenta de ahorro de sus afiliados; gestión que cumplió a cabalidad dicha entidad; que acogiendo la teoría de la compensación y las restituciones mutuas mientras el demandante estuvo afiliada a dicha entidad se le generaron unos rendimientos muy superiores a los que hubiera tenido en el RPMPD y, si entendemos que el negocio jurídico nunca existió, pues este porcentaje de los rendimientos tampoco habrían existido, entonces no solo deben restituir las AFP.

Finalmente, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria y en cumplimiento de las solemnidades legales; que en estos casos Colpensiones es la más afectada, máxime cuando ya han transcurrido más de 2 décadas desde la fecha del traslado, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado; que en ese momento no era necesario dejar un registro audiovisual del mismo; que aunque el precedente de la CSJ utiliza como norma el deber de información del Decreto 663 de 1993, lo cierto es que este solo se materializó a través de la ley del 2014 y el Decreto del 2015; que solo era necesario diligenciar el formulario de afiliación. Que en caso de no acogerse dichos argumentos, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo la devolución de las sumas por parte de las AFP.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Edwin Martínez García, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA en el año 1995 y, posteriormente, a la AFP PORVENIR en el año 2007, a la AFP COLFONDOS en el año 2017 y, a la AFP SKANDIA en el año 2018; 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 el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo



que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Edwin Martínez García, 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 demonstrado que la demandada Skandia 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 Skandia.

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

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

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



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

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

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

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



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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Skandia 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 lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar.

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

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852



del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

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

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

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

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



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

Ahora es necesario precisar que la indexación ordenada es la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, por lo que si fue debatido dentro del proceso.

Al punto, resulta pertinente señalar que las sentencias del Tribunal de Cali no resultan vinculantes 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 del demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido, por lo que no hay lugar a ninguna compensación como lo pretende la AFP Porvenir y Skandia.

Adicionalmente, la devolución de los gastos de administración no se impone a título de sanción sino que son la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo tiene sentado la CSJ.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional 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.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la apoderada de Colpensiones de que se condicione la sentencia, pues sólo puede dar cumplimiento a ella una vez le trasladen los dineros ordenados, no hay lugar a realizar ninguna precisión, pues es claro que dicha entidad deberá activar la afiliación y actualizar la historia laboral del demandante una vez las AFP privadas den cumplimiento a la sentencia, como quiera que para el cumplimiento de la sentencia deberán adelantarse todos los trámites administrativos necesarios

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 14-2020-085-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de diciembre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia de esta declaración solicita que se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual, el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde el tiempo de vinculación hasta la fecha en que se traslade a Colpensiones, que se ordene a Colpensiones a recibir de Porvenir S.A., la totalidad de lo ahorrado junto con sus rendimientos, en caso que resulte inferior al monto del aporte legal



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

correspondiente, si hubiese permanecido en el RPM, se ordene a Colpensiones otorgar la oportunidad en tiempo prudencial para que se cancele dicha diferencia. Por último, peticiona condenar a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 24 de julio de 1965, que inició su historia de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con el ISS hoy Colpensiones, el 15 de agosto de 1996, que para el mes de octubre de 1996, un asesor comercial de Porvenir S.A., visitó las instalaciones de la empresa Compañía Inversora E, por entonces su empleador y bajo inducción en error se afilia a Porvenir, que tal decisión de traslado surtió efectos de acuerdo con la historia laboral aportada a partir del mes de octubre de 1996, que bajo la modalidad de engaño, argucias y falta de información, Porvenir S.A., la indujo en error insuperable, lo que la llevó a firmar el formulario con el cual se aceptaba el cambio del RPM al RAIS, que Porvenir S.A., logró la afiliación bajo argucias de que el Seguro Social se iba a acabar y que no habría quien respondiera por la pensión y que la afiliación al fondo privado generaba la posibilidad de que la persona afiliada se pudiera pensionar de manera anticipada, con mayores ingresos y no en los tiempos señalados por el ISS.

Manifiesta que Porvenir S.A., nunca le informó acerca de las implicaciones que tendría el cambio de régimen pensional ni tampoco la ilustró en lo que concierne en los diferentes escenarios de pensión en cada uno de los regímenes, específicamente del RAIS al que se estaba trasladando, que no se le señaló la edad probable y el monto real de la mesada pensional que le correspondería como beneficiaria de una pensión de vejez en el RAIS, puesto que le entregaron unas proyecciones, con unas cifras, que al día de hoy no son ni siquiera cercanas a las manifestadas, que no se le indicó sobre la posibilidad de retractarse de su afiliación, que no recibió una proyección real estimada por parte de Porvenir S.A., que le permitiera entender cuál sería el valor de la mesada pensional en el RAIS, que Porvenir no la asesoró sobre cuál sería el escenario más conveniente para ella, a pesar de ser plenamente conocedor de que el cargo que ocupaba en ese momento era trabajadora



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

social, que no contaba con una preparación académica específica respecto al tema de pensiones y mucho menos sobre los regímenes pensionales.

Refiere que nunca se le informó la limitación que introdujo la Ley 797 de 2003, para trasladarse faltando diez (10) años o menos para adquirir la edad de pensión en el RPM y tampoco el tiempo de gracia que se estableció en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para regresar al RPM ni sobre la posibilidad de la afiliada a proceder a trasladarse de régimen pensional ante de cumplir los 47 años de edad, que en el momento que fue informada sobre el monto de la pensión pudo evidenciar el engaño del que fue víctima por parte de Porvenir S.A., toda vez que después de 30 años de servicio y además de acreditar cotizaciones por más de 1.137 semanas como lo establece la ley, se le ha informado que podría generar una mesada pensional equivalente a \$828.116, suma ínfima en comparación con el monto de ahorro que se encuentra acreditado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que mediante derecho de petición solicitó a Colpensiones realizar el traslado a dicha administradora de la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual, el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde el tiempo de vinculación hasta la fecha en que se traslade a Colpensiones, que Colpensiones dio respuesta negativa a la solicitud al considerar que no era viable el traslado.

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, 2, 5, 17 y 18 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el 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, prescripción e innominada o genérica.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 3 y 7, negó los No. 4, 5, 6, 8 a 12, 14 y 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A. Señalando como consecuencia esta declaración que ningún efecto jurídico surtió el acto traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la sólida línea jurisprudencial emanada del máximo órgano de cierre jurisdiccional que ha considerado de manera reiterada entre otras en las Sentencias 4811 de 2020, 587 de 2021, y 756 de 2022, que se genera tal consecuencia para el afiliado del sistema de pensiones ante el incumplimiento del deber de información o entrega de la misma de manera deficitaria de las administradoras de pensiones, en tanto estas legalmente se encuentran obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado de manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes de pensiones sentando como reglas jurisprudenciales, así:

1) Que no es un deber que opere únicamente para los afiliados que tengan un derecho consolidado, un beneficio transicional o una expectativa legítima de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensionarse sino que se predique en todos los eventos como quiera que el deber de información se erige como presupuesto de eficacia de ese acto jurídico, correspondiéndole a las AFP acreditar que cumplieron con dicha obligación en el momento mismo del cambio de régimen pensional y no con posterioridad, pues la no entrega de información oportuna equivale a ausencia de ella y por ende a carencia o inexistencia de consentimiento informado en la conformación de tal negocio jurídico y 2) Que si el afiliado aduce no habersele suministrado información completa y suficiente cuando se verificó tal acto, la afirmación de ese hecho negativo invierte la carga de la prueba en su favor correspondiendo entonces a las AFP demostrar judicialmente que si la brindaron de manera íntegra pues de ello depende la validez del contrato de aseguramiento, y sin que a ese efecto resulte determinante la sola suscripción del formulario de vinculación y las afirmaciones que allí aparecen consignadas pues esos formatos de traslado de régimen pre impresos por las administradoras pensionales si bien dan por demostrado un consentimiento libre de vicios, lo cierto es que no tienen la suficiencia de acreditar que este hubiere sido informado.

El Tribunal de Cierre como respaldo a estas reglas que constituyeron la base de sus decisiones judiciales argumentó que ese deber de información existe y es exigible desde la expedición de la Ley 100 de 1993, momento para el cual demandaba a que las AFP describieran al posible afiliado al momento de brindar la asesoría, ilustración concreta sobre características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes de pensiones, lo que incluía dar a conocer de ser el caso la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales; obligaciones que se incrementaron a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009, y el Decreto 2241 de 2010, extendiéndose al deber de asesoría y buen consejo y, posteriormente, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, a la denominada doble asesoría.

Que quedó fuera de toda discusión que la demandante NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA, nació el 24 de julio de 1965, por lo que arribó a la edad de 57 años el mismo día y mes de 2022, que si bien en el reporte de semanas cotizadas al Seguro Social que reposa en la página 20 anexos demanda, aparece como afiliada al ISS el 15 de agosto de 1996, lo cierto era que en el detalle de semanas cotizadas anexo a la historia laboral registra cotizaciones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

en mora a esa entidad desde el 13 de agosto de 1987, hasta 28 de febrero de 1994, lo que indica que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada al RPM, si en cuenta se tiene que el vínculo de afiliación tiene el carácter de permanente, independientemente si el afiliado deja de cotizar o el empleador de efectuar los aportes en la oportunidad.

Se había acreditado también que el día 31 de octubre de 1996, suscribe formulario de traslado de régimen vinculándose a Porvenir S.A. En ese orden, y ante la afirmación de la señora GARZÓN SANTANA de que la información brindada fue engañosa e insuficiente, correspondía a la AFP desvirtuar este acierto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que cumplió con su deber de información en los términos antes descritos.

Al respecto se recaudó interrogatorio de parte de la demandante, diligencia en la que manifestó que su afiliación a Porvenir se produjo por cuanto la empresa a la cual se disponía a vincularse laboralmente, supeditó su ingreso a la aceptación de vinculación en pensiones con Porvenir S.A., bajo el argumento que querían impedir que sus trabajadores se vieran afectados porque el Seguro Social se iba a acabar, lo que les irrogaría un perjuicio a todos, relató que se sintió presionada porque dada su necesidad de obtener un trabajo aceptó la vinculación a dicha AFP y porque además tenía conocimiento que el Seguro Social iba a desaparecer y existía riesgo de quedar sin pensión, señaló que no recibió ninguna orientación de Porvenir, que no se le ilustró por esta AFP sobre los beneficios, consecuencias o garantías que tendría en ese fondo privado, prueba que no surtía los efectos jurídicos pretendidos por Porvenir S.A., pues ninguna confesión se había obtenido de la demandante; por el contrario, lo que demuestra con toda claridad es que no existió ninguna asesoría pues pone de presente que no se le suministró ninguna información sobre cada uno de los regímenes pensionales al momento de verificarse el traslado, puntualmente sobre características, condiciones para acceder a la pensión en uno y otro, efectos, riesgos, implicaciones o consecuencias de la migración, diferencias entre aquellos, requisitos, modalidades de pensión, sistema de liquidación y financiación en el RAIS, entre otros aspectos relevantes y aun cuando el traslado de régimen lo hizo por indicación o iniciativa de su empleador, ello no eximía Porvenir de ilustrarla sobre aquellos puntuales aspectos pues la información sobre los regímenes de pensiones, lo que era una obligación legal radicada en las AFP.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Concluyó que la AFP Porvenir no había cumplido con su carga de infirmar los hechos aducidos por la demandante como sustento de su pretensión, demostrando lo contrario, esto es que cumplió con su deber legal de información por cuanto la asesoría que afirma le brindó fue oportuna y suficiente y como quiera que principio elemental de derecho probatorio enseña que afirmar no es probar, debió haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido hizo en la contestación de demanda al sostener que la ilustraron de manera completa al punto que la demandante tomó una decisión informada, no demostró que a la demandante se le hubiere brindado una asesoría integra que previo a adoptar la decisión de traslado, materializada en las suscripción del formulario, le hubiere permitido comprender el funcionamiento del RAIS y las implicaciones o consecuencias de la migración, en ese orden no se puede predicar que existió una decisión informada siendo que esta es un presupuesto de eficacia del acto jurídico de traslado.

Así las cosas, había lugar a declarar la ineficacia del acto de traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS, en el año 1996, ineficacia que lleva a concluir que ningún efecto jurídico surtió ese acto y, por tanto, siempre estuvo afiliada al RPM administrado actualmente por Colpensiones y como consecuencia ordenar a Porvenir S.A., el traslado a Colpensiones de todos los saldos depositados en la cuenta individual de cada una de las demandantes, junto con rendimientos financieros sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, mismos que debe asumir de sus propias utilidades pues desde el nacimiento el acto es ineficaz y, por tanto, esos recursos han debido ingresar al RPM, tal y como lo puntualizó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL 4360 de 2019.

Finalmente, en lo que hace a la prescripción alegada, como quiera que el conflicto ventilado cuestionó el acto de traslado o afiliación al RAIS, al no haber sido consentido de manera informada, se controvertía un aspecto inherente a la seguridad social, debiéndose declarar no probado este medio exceptivo como no probados los restantes.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, recurrió señalando que al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en el entendido en que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre las actoras en los procesos y las AFP del RAIS, todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el Juez en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma pues nada tuvo que ver en la decisión tomada por las actoras en los tres procesos en su momento de traslado. Peticiona no se condene a Colpensiones a recibir a la actora como afiliada de nuevo al RPM pues con esta decisión consecencial a la declaratoria de inexistencia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, pues en el caso de estas condenas debe tenerse en cuenta el impacto en el PIB y en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

Solicita que se estudie de manera juiciosa y pormenorizada el escenario en el cual la AFP faltó al deber legal de información, no acarree graves consecuencias de la posible declaratoria de la inexistencia pero Colpensiones es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico, si las acarrearía pues con el regreso de las actoras al RPM, existe una alta posibilidad de un futuro de reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera un impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tal fin.

Ahora, conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modifica el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se señala que después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse del régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir edad para tener derecho a la pensión de vejez. Las demandantes se encuentran inmersas en la prohibición de trasladarse de régimen pensional. Por último, si se determina que no hay posibilidad que ordene el retorno de las demandantes al RPM, solicita que se condene a la AFP que incumplió con su deber legal de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información al afiliado, pague a Colpensiones los perjuicios económicos que ello genera para esta administradora.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado que realizar del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con el Fondo de Pensiones Colpatria hoy Porvenir S.A., el 31 de octubre de 1996, como se verifica de copia de dicha documental allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En 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 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 como bien lo adujo la Juzgadora de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que la señora Nidia Judith Garzón Santana, 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 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable; razón por la cual contrario a lo indicado por la AFP en mención en etapa de alegaciones, dicha afiliación no puede considerarse libre y voluntaria cuando la demandante 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:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“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. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

En cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

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 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que como lo solicita la recurrente, 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.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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 artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14202000085-01 Dte: NIDIA JUDITH GARZÓN SANTANA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Mo - [Signature]

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

[Signature]

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2021-00556-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EBERTO SALAS OSORIO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y, COLPENSIONES y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de febrero del 2023.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor EBERTO SALAS OSORIO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE la ineficacia de la afiliación efectuada del RPMPD al RAIS el 01 de junio de 1994 a través de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR; que se DECLARE la ineficacia del traslado horizontal efectuado a la AFP PROTECCIÓN por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento para



que se trasladara al RAIS. Como consecuencia, se ORDENE a la AFP PROTECCIÓN retornarlo junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos su frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD; se ORDENE a COLPENSIONES recibirlo en el RPMPD, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que desde el mes de enero de 1984 hasta el mes de junio de 1994 estuvo afiliado al ISS; que para el mes de junio de 1994 tenía acumuladas un total de 402.14 semanas cotizadas en el ISS; que el 01 de junio de 1994 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR; que para el 01 de enero de 1998 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN cuando laboraba en el RESTAURANTE DE PESCA S.A.; que no le brindaron la información necesaria al momento del traslado; que tiene un total de 1244.71 semanas cotizadas al 28 de mayo del 2021; que radicó petición solicitando se declare la nulidad de su afiliación sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, 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 3, 5 y 16; negó el 6, 7, 8, 9 y 10 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2, 14 y 15; aceptó parcialmente cierto el 1 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del



ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, declaratoria de otras excepciones.

Finalmente, 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 contenido en los numerales 4, 5, 11, 12, 13 y 18; negó el 6, 8, 9 y 10 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y, la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor EBERO SALAS OSORIO identificado con C.C. N° 73.120.142 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 1994 junto con la afiliación efectuada con posterioridad a PROTECCIÓN Y DAVIVIR conforme a lo considerado en la parte motiva de este decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor EBERTO SALAS OSORIO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor EBERTO SALAS OSORIO tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor EBERTO SALAS OSORIO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una...”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la jurisprudencia de la CSJ. Que la AFP privada no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado. Que es claro que el actor no tuvo asesoría por las AFP Privadas. Que la carga de la prueba era de Horizonte hoy Porvenir. Que no basta con la firma del formulario. Que los derechos reclamados no prescriben.

.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien no se allegaron documentales en las cuales se pruebe la asesoría brindada al demandante, lo cierto es que para la época del traslado no era obligación guardar algo más allá del formulario de afiliación. Que el demandante al momento del traslado contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar y ampliar la obligación otorgada por los fondos a los cuales ha estado vinculado. Que el demandante como consumidor financiero también contaba con deberes como actuar con mediana diligencia. Solicita se revoque la condena de devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, las cuales no deben ser trasladadas, pues dichas sumas no están llamadas a financiar la pensión, pues tienen una destinación específica que por mandato legal fue cumplida por dicha entidad. Que conforme a las normas legales que regulan las restituciones mutuas, cuando se declara la ineficacia del negocio jurídico y se ordenan devolver unas sumas; deba



devolver unas sumas como los gastos de administración los cuales ya se agotaron o se extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo que es manejar los fondos y las cuentas individuales y, en consecuencia, no se le puede imputar a Porvenir a devolver los rubros que descontó como gastos de administración. Indica que el hecho de trasladar dichos rubros de manera indexada, genera una doble actualización. Que no se debe ordenar el traslado de los gastos de administración, pues ya se está ordenando la devolución de los rendimientos propios del régimen de ahorro individual.

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que se logró demostrar que el demandante conocía de la prohibición que establece la ley 797 del 2003 de trasladarse de régimen; situación que mencionó en el interrogatorio de parte y, que aun así permaneció en el RAIS. Que el fondo privado de pensiones le envía una asesoría al correo personal de su propiedad. Que en este momento se encuentra dentro de la prohibición de la Ley 797 del 2003. Que conforme la sentencia SU 062 del 2010 se vería afectada la sostenibilidad financiera. Que es un tercero de buena fe.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Eberto Salas Osorio, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 1994 y, posteriormente, a la AFP PROTECCIÓN en el año 1997 y, a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION en el año 1999; 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 el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.



De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Eberto Salas Osorio, 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 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 Porvenir.

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

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

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



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

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

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de



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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar y, que al trasladarse al RAIS podrían pensionarse cuando quisieran.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, como lo pretende Porvenir en su recurso, 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, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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



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

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. Y el hecho de que el actor conociera la existencia de dicha prohibición o hubiese recibido una reasesoría, no sana la falta de asesoría en el momento en que se trasladó al RAIS. Tampoco puede alegar que se tengan en cuenta las sentencias SU 062-2010 o C 1024-2004 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino frente a la ineficacia del mismo.

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 de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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



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

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

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención de manera indexada, 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, por lo que no hay lugar a ninguna compensación.

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 incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2019-115-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JUAN PABLO GUTIÉRREZ
DEMANDADO: LUIS SUÁREZ GAITÁN Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de diciembre de 2022

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este, alegaciones por la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor JUAN PABLO SEGUNDO GUTIÉRREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y los señores Luis Alfredo Suárez Gaitán y Édgar Danilo Cancino, existió un contrato de trabajo que inició el 1 de febrero de 2014, que fue contratado por el primero en mención para desempeñarse como vendedor y/o asistente de ventas en el establecimiento de comercio denominado Droguería Chicó Plus, pactándose como salario el mínimo legal vigente para el año 2014; solicita se declare la constitución de la figura de sustitución patronal y por ende responsabilidad solidaria del nuevo empleador, por cuenta de la venta



que efectuó el señor Luis Alfredo Suárez, del establecimiento en mención al señor Édgar Cancino, quien posteriormente cambió la razón social del mismo a Droguería Farmanet, que se declare que durante la vigencia de la relación laboral, esto es, entre el 1 de febrero de 2014 al 31 de marzo de 2016, el señor Luis Suárez, no lo afilió al sistema de seguridad social a pesar de que realizó las deducciones de su salario para el efecto, que los demandados no realizaron el pago a su favor de los salarios de los meses de enero a marzo del año 2016, subsidio de transporte por el mismo lapso, cesantías, interés a la cesantía del año 2014, licencia de luto, cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios y vacaciones causadas durante los años 2015 y 2016.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a los demandados de manera solidaria a pagar a su favor, los salarios, subsidio de transporte, cesantías, interés a la cesantía, licencia de luto, prima de servicios, vacaciones, indemnización por falta de pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social integral entre el 1 de febrero de 2014 al 31 de marzo de 2016.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que desde el año 2019, sostuvo diferentes vínculos de índole laboral en los diferentes establecimientos de comercio de propiedad de los hermanos, Martha Suárez Gaitán, Alfredo Suárez Gaitán y el esposo de la primera, Édgar Cancino, que celebró contrato de trabajo verbal el 1 de febrero de 2014 al 31 de marzo de 2016 con el señor Alfredo Suárez, propietario del establecimiento de Comercio Droguería Chico Plus, prestaba sus servicios en este en un horario de 8 horas de lunes a viernes y sábados en turnos rotativos, siendo contratado para desempeñarse como vendedor y/o asistente de ventas, pactándose un salario correspondiente al SMLV, los que se hacían en efectivo y eran directamente entregados por el demandado Luis Suárez, que luego de iniciada la relación laboral y transcurridos dos meses, no había sido afiliado al sistema de seguridad social integral, lo que le puso de presente a su empleador, quien le indicó que él realizara dichos trámites, no obstante, no le fue posible ya que le indicaron que los documentos presentaban problemas con las firmas del señor Luis Alfredo y además este no aparecía inscrito como empleador.

Que para julio de 2014, el señor Luis Alfredo se comprometió con él a realizar personalmente los trámites para su afiliación, no obstante, nunca lo hizo y



continuaba descontando de su salario el valor del aporte a pensión y salud, que luego de un año y 27 días de trabajo, el demandado en mención decide liquidar su contrato, liquidación que pagó en varias cotas y no incluyó pagos como cesantías, sin realizar nunca los aportes al sistema de seguridad social; a pesar de dicha liquidación le solicitó continuar sus labores a partir del 1 de marzo de 2015 en las mismas condiciones, que el 7 de junio de 2015, falleció su madre, no le fue reconocida licencia de luto y le descontaron 3 días que no laboró debido a dicha calamidad.

Refiere que por iniciativa del señor Luis Suárez, decide vincularse laboralmente a la Droguería Farmanet, cuyo propietario era el señor Édgar Cancino, generándose una coexistencia de contratos, por cuanto no acordaron exclusividad de servicios, que se pactó un horario de 8 horas de labores, las que iniciaban una vez terminaba su jornada en la Droguería Chicó Plus y entre los empleadores, pactaban sus turnos conforme a las necesidades de cada uno de los establecimientos, laborando simultáneamente para las dos farmacias de a 8 horas diarias, es decir, 16 horas en total, que el señor Édgar Cancino como su empleador en la Droguería Farmanet, lo afilió al sistema de seguridad social desde el 1 de abril de 2015, aunque esta se dio 2 meses después de iniciar labores, que la relación laboral que sostuvo con el señor Luis Suárez, se mantuvo hasta el 31 de marzo de 2016, no obstante, los salarios de dicha anualidad no le fueron pagados, que en la misma data, el empleador en mención hizo entrega del establecimiento Droguería Chicó Plus a su cuñado Édgar Cancino, quien traslada y unifica su propio establecimiento denominado Droguería Farmanet, siendo cancelada la matrícula de la Droguería Chico Plus, el 28 de marzo de 2016.

Que para el 31 de marzo de 2016, fecha en que se realizó la venta del establecimiento de comercio en mención, ninguno de sus empleadores realizaron el pago de aportes al sistema de seguridad social ni de prestaciones causadas en el 1 de febrero de 2014 al 28 de febrero de 2015, que continuó realizando la misma labor e vendedor a favor del señor Danilo Cancino, nuevo propietario de la droguería Farmanet entre el 1 de abril de 2016 al 26 de abril de 2017 y nunca le fueron pagados sus derechos laborales, cursando actualmente por ello un proceso ordinario en el Juzgado 37 Laboral del circuito.



Indica por último que el 14 de diciembre de 2017, solicitó ante el Ministerio de Trabajo audiencia de conciliación a la que sólo asistió él y ninguno de sus empleadores, que el 9 de febrero de 2018, recibe una llamada por parte del contador de los demandados en la lo intentan persuadir para que reciba una suma inferior a la adeudada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor ALFREDO SUÁREZ GAITÁN contestó la acción, oponiéndose a la mayoría de las pretensiones, en cuanto a la relación laboral, aceptó que esta tuvo lugar entre 1 de febrero de 2014 y finalizó el de enero de 2015, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 3 a 6, 10, 28, 42 y 43 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, compensación, cobro de lo no debido, buena fe del demandado.

El demandado EDGAR DANILO CANCINO, se opuso a las pretensiones contra él dirigidas, respecto de los hechos, aceptó el hecho contenido en numeral 8, 42 y 43 y negó o manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, compensación, cobro de lo no debido, buena fe del demandado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR al demandado señor LUIS ALFREDO SUÁREZ GAITÁN al pago en favor del demandante JUAN PABLO SEGUNDO GUITÉRREZ BADILLO, de los aportes en pensión, junto con los intereses de mora, correspondientes al intervalo de tiempo comprendido entre el 01 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015, conforme a un (1) salario mínimo legal vigente y de acuerdo con la liquidación que para el efecto realice la AFP PORVENIR, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER al demandado LUIS ALFREDO SUÁREZ GAITÁN de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante conforme las motivaciones señaladas.

TERCERO: ABSOLVER al demandado EDGAR DANILO CANCINO RINCÓN de todas las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

En el presente caso no es motivo de dudas respecto a que entre las partes, por un lado, el demandado señor Luis Alfredo Suárez Gaitán en condición de empleador, y por otro el demandante señor Juan Pablo Gutiérrez Badillo, en condición de trabajador, celebraron



un contrato de trabajo verbal el día 1 de febrero del año 2014 para desempeñar el cargo de vendedor y/o asistente de ventas en el establecimiento de comercio denominado Droguería Chico Plus, y acordándose un salario equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, más el subsidio de transporte, fluye lo anterior de lo aceptado por la pasiva en la réplica al punto de tales aspectos.

Ahora, conforme lo indica el accionante en el escrito inaugural, tal contratación se mantuvo vigente hasta el 31 de marzo del año 2016 narrando que aun cuando su empleador decidió liquidar el contrato de trabajo el 28/02/2015, las partes convinieron renovar el vínculo laboral desde el 1 de marzo del año 2015, circunstancia negada por el señor Luis Alfredo Suárez, alegando que la relación laboral finalizó el día 31 de enero del año 2015 por retiro voluntario del ex trabajador; en ese sentido, el despacho centra el estudio del alegado vínculo de índole laboral entre el demandante y el señor Luis Alfredo Suárez durante el intervalo de tiempo comprendido entre el 1 de febrero del año 2015 al 31 de marzo del año 2016 iterándose que la relación accionado aceptó la existencia del contrato de trabajo entre el 1 de febrero del año 2014 al 31 de enero del año 2015 y de esa manera verificar por parte del despacho si la prestación se dio de manera continua o no. Siendo así, es menester verificar y en el caso concreto determinar si en efecto existió la relación laboral durante tal periodo de tiempo, para lo cual es necesario reiterar lo que tiene sentado la jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad, sobre las formas y la presunción contenida en el artículo 24 del CST, pues ha sostenido la honorable CSJ en Sala de Casación Laboral, que no solamente a la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, cuando queda plenamente demostrado en la actuación procesal la prestación personal de servicio en favor del demandado, se presume que dicha prestación derivada de la existencia de un vínculo laboral, trasladándose en consecuencia a la carga de la prueba al demandado, quien deberá derruir dicha presunción con los medios probatorios aportados, al respecto, se pueden consultar, entre muchas otras, la sentencia proferida dentro de la radicación 32701.

Así las cosas, por expresa orden del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica en materia laboral, se procede con el análisis del acervo probatorio recaudado con el propósito de establecer la viabilidad o no de acceder a las peticiones de la parte demandante, Estudio del cual pudo concluir esta juez que en el caso de Marras no se acreditó la efectiva prestación personal del servicio del demandante para con el demandado Luis Alfredo Suárez, durante el mencionado periodo de tiempo, recordemos del 1 de febrero del año 2015 al 31 de marzo del año 2016, de manera que no puede darse aplicación a la presunción antes referida. Lo anterior inicialmente, por cuanto como se dijo, el señor Luis Alfredo Suárez aceptó en su contestación y así lo corroboró en su declaración, haber sostenido por el demandante una relación laboral solamente durante el periodo del 01/02/2014 a 31/01/2015, negando que aquel hubiese prestado sus servicios a su favor en los extremos aducidos en la demanda, así hubiese sido mediante otra modalidad contractual y es que en verdad ningún medio probatorio aportado al proceso lleva al convencimiento de esta jueza acerca de la prestación personal del servicio para con el demandado con posterioridad a esas calendas; como paso a explicar: ha de tenerse en cuenta que los legajos arrimados por el accionante, muy por el contrario de probar sus dichos encaminados a demostrar que el vínculo laboral se mantuvo hasta el año 2016, corroboró en la postura de los sancionados en cuanto a que la relación laboral que ató a las partes con el actor, con el señor Suárez Gaitán, sólo se mantuvo vigente hasta el mes de enero del año 2015, nótese que la certificación de afiliación expedida por SaludCoop EPS visible a folio 53, en la cual figura como aportante Luis Alfredo Suárez Gaitán, data del 25 de agosto del año 2014, de igual forma la constancia laboral que se observa folio 62, en la cual se certifica el trabajo del demandante desde el 01/11/2010 fue suscrita por el demandado el 21 de diciembre del año 2012 es decir, en extremos cronológicos diferentes a los que aquí se están debatiendo, en la historia laboral allegada a folio 63 a 68 no se observa ninguna cotización efectuada por el accionado en condición de empleador, el formulario único de inscripción de afiliados y novedades que reposa folio 69 fue radicado ante SaludCoop EPS el día 01 de abril del año 2015, dentro del cual se registra como empleadora la señora Rosana Gaitán, viuda de Suárez, siendo que el señor Luis Alfredo Suárez Gaitán solo se consignó como contacto de nómina, los formatos de hora de entrada y hora de salida que se ven de folio 70 a 72 si bien corresponden a los meses de febrero, marzo y junio del año 2015, hacen referencia a la droguería Farmanet, la cual, conforme quedó demostrado en el curso del proceso, es propiedad del señor Edgar Cancino, la misiva que obra a folio 73 dirigida al señor Alfredo Suárez, mediante el cual el actor solicita el periodo de vacaciones del año 2015, data del 16 de enero del año 2016; sin embargo, no cuenta tan siquiera con la firma de recibido por parte del destinatario, mucho menos con su aceptación.



En la declaración de este proceso rendida por el señor Gilmer Andrés Morales Pinzón, que reposa folio 307 y vuelto sólo se declaró sobre la relación laboral del demandante para Farma plus en el periodo o en el año de 2014, esto es nuevamente fuera del extremo temporal objeto de estudio en este proceso, y por último no es posible conocer la fecha en que se tomaron las fotografías aportadas de Folio 92, 99, 100, 101, 316 vuelto 317, 318, 319, 320 y 321 y aun cuando se conociera que estas capturas fotográficas fueron dentro del intervalo de tiempo que interesa en este proceso, lo cierto es que ninguna de ellas da fe de una prestación personal de servicio por parte del actor en favor del señor Luis Suárez Y/O de un establecimiento denominado droguería Chico Plus, pues se trata de registros fotográficos que puede tener cualquier persona en cualquier establecimiento de comercio y que no conllevan de ninguna manera a poder entender de dichos registros fotográficos una prestación personal de servicio en los términos que establece la legislación laboral, en aras de dar aplicación a la presunción referida en Precedencia.

Asimismo, en una apreciación en conjunto de las pruebas documentales recaudadas se encuentra folio 223 a 278 misiva de renuncia presentada por el demandante, comprobantes de pago de nómina, relación de horario y formularios de afiliación a caja de compensación, salud y riesgos laborales, todos ellos relacionados con la droguería del señor Edgar Cancino, Farma Net y emitidos después del año 2015, adicional milita folio 325 la liquidación del contrato de trabajo elaborada el 10 de febrero del año 2015 a folios 326 a 328, los formularios de afiliación a riesgos laborales y salud radicados en el año 2014, en los cuales se registra como empleador al señor Luis Alfredo Suárez Gaitán, documentos todos estos que constan que la relación laboral entre las partes finalizó en enero del 2015 y no en el extremo final invocado por el gestor del proceso. Ahora en el devenir probatorio se escuchó en interrogatorio de parte al demandante y a los demandados señor Luis Alfredo Suárez y al señor Danilo Cancino, destacándose que al ser interrogado al respecto, el señor Juan Pablo Gutiérrez confesó que su contrato de trabajo con el señor Suárez Gaitán terminó por voluntad propia el día 31 de enero del año 2015, eso sí, aclarando que después de esa fecha siguió prestando sus servicios a favor de aquél en la droguería Chico Plus, de la misma manera se recibieron los testimonios de los señores Gilmar Andrés Morales, Martha Cecilia Cristancho Fernández, luz Elena Rangel Villadiego y Nicolás Molina Castelblanco, acotándose que el apoderado de la parte actora propuso tacha contra el testimonio del señor Nicolás Molina; no obstante, considera la suscrita que la prueba testimonial traída al asunto por la pasiva goza de plena credibilidad, pues si bien la valoración de las manifestaciones se hizo con toda la rigurosidad del caso y se analizaron de manera detenida cada una de las manifestaciones de los deponentes, la suscrita establece que en razón al vínculo laboral que ató al deponente con los demandados es lo que permite generar o percibir que sus manifestaciones derivan de la percepción directa de los hechos, lo cierto es que también el testigo se mostró espontáneo, imparcial, sin ánimo de favorecer y por la actividad laboral que este desempeñó claramente permite concluir que sus afirmaciones, como ya lo indiqué, derivan de los hechos que le costaban de manera directa. Así pues, analizada la prueba testimonial recaudada, no se puede predicar con grado de certeza la relación laboral en los términos invocados por el actor, en tanto ninguna de ellas cobra la fuerza probatoria necesaria para acreditar la prestación personal de servicio del señor Juan Pablo Gutiérrez en favor del señor Luis Alfredo Suárez, pues los deponentes pone Gilmar Andrés Morales y Martha Cecilia Cristancho rindieron sus declaraciones basados en lo que él mismo demandante les contó, pues nada les consta de manera directa sobre las condiciones de la contratación que este sostuvo con la pasiva, sin que conozcan quién era el jefe del demandante, mucho menos quién era el propietario del establecimiento donde aquel trabajaba tampoco atestiguan sobre la coexistencia de contratos que se invocó en el escrito de demanda, máxime si se tiene en cuenta que el primero de ellos manifestó que permanecía en la droguería de la calle 97, con carrera 11 durante 5 a 8 minutos como máximo, y la segunda informó que sólo visitó al demandante en aquel lugar alrededor de 7 veces, lo que inminentemente conduce a la imposibilidad de las suscrita de establecer la época en la que ciertamente el demandante laboró en tal establecimiento de comercio más aún si era el servicio a favor del servicio al señor Luis Suárez por la misma senda es muy poco lo que se aportó.

Al punto de la declaración de los señores luz Elena Rangel y Nicolás Molina, pues si bien informaron trabajar en las droguerías del demandado Edgar Cancino y de la familia desde hace más de 17 años, lo cierto es que sus manifestaciones resultaron insuficientes para el despacho, en razón a que nada saben acerca de la contratación del demandante, ni tampoco si trabajaba en los lugares al mismo tiempo, lo que sí logró acreditar o se logró probar con las declaraciones de los deponentes fue que a inicios del año 2015 se celebró un negocio de compra venta de muebles y enseres y /o estantería entre los aquí demandados, donde Luis Alfredo Suárez actuó como vendedor y Edgar Cancino como comprador, razón por la cual la droguería denominada Farmanet de propiedad del



demandado Edgar Cancino y la cual se encontraba anteriormente ubicada en la calle 116 número 20-50, se trasladó para la dirección de carrera 11 número 97-46. Así, el establecimiento de comercio denominado Droguería Chico Plus, de propiedad del señor Luis Suarez dejó de funcionar y por ende, el contrato laboral que se sostenía con el demandante llegó a su fin, sin que sobra agregar que la cancelación del registro mercantil del establecimiento de comercio droguería Chico Plus se inscribió en Cámara de comercio el día 28 de marzo del año 2016, empero ello no necesariamente significa que hasta esa fecha estuviese funcionamiento del establecimiento de comercio y menos aún que el actor siguiera desempeñando el mismo cargo de vendedor en favor del propietario Luis Alfredo Suárez, para concluir al carecer de material probatorio que hubieren probado o acreditado, una mera prestación del servicio por parte del demandante en los extremos invocados, conlleva a tener por probada la presunción legal que reviste la legislación laboral y establece este despacho que en el caso objeto de estudio no hay lugar a acceder a la súplica tendiente a tener la declaratoria de la existencia de una sola relación laboral hasta el 31 de marzo del año 2016; eso sí, reiterándose que no hay ninguna duda sobre la relación laboral que existió entre el señor Juan Pablo Gutiérrez y Luis Alfredo Suárez dentro del 01/02/2014 al 31 de enero del año 2015, ni el salario que percibió el ex trabajador en vigencia de la contratación.

De esta manera es evidente que en el caso de Marras no concurren las condiciones para configurar la conjurada sustitución patronal memorándose que esta figura procesal, al tenor del artículo 67 del CST, opera cuando se presenta un cambio de empleador y existe continuidad de la empresa y del trabajador en el servicio, la continuidad de la empresa se refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando y la continuidad del trabajador, su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la siguiente prestación de los mismos servicios en favor del nuevo patrono; a la anterior conclusión, arriba las suscrita, principalmente en razón a que en el curso de la litis quedó suficientemente claro que el demandante laboró al servicio del señor Luis Alfredo Suárez solo hasta enero del año 2015, siendo que se alegó que el cambio de empleador surgió el día 2 de febrero del año 2016, y aun sin gracia de la discusión, el despacho pasara por alto tales calendas incluso atribuyendo tal circunstancia a la eventual imprecisión en que pude incurrir el actor al recordar las fechas en las que ocurrieron los hechos narrados en su demanda, pues bien, podría inferirse rápidamente la continuidad de la empresa o identidad del establecimiento de comercio, pues es notorio que la droguería Farmanet y Chico Plus desarrollaban actividades semejantes como es la venta de medicamentos y demás insumos relacionados, así como que la primera comenzó a funcionar en el lugar en el cual operaba la segunda, no obstante, ello no es prueba irrefutable para concluir que la explotación económica hubiese continuado con sus elementos esenciales y que la una sea la continuidad de la otra, sin perjuicio de lo anterior y para zanjar cualquier duda con relación al cambio de empleador y a la continuidad de la prestación del servicio por parte del empleado, necesariamente debe señalar que el despacho que encontró serias razones para considerar la suscrita que se encuentra impedida para pronunciarse frente a la prestación del servicio y/o relación de índole laboral entre el demandante y el señor Edgar Cancino, ello por cuanto es un hecho indiscutido que el actor instauró demanda ordinaria laboral en contra del demandado en mención, con el fin de obtener la declaratoria de la existencia de una relación laboral entre el 01 de abril del año 2015 al 26/04/2017, reclamando en consecuencia el pago de salarios, auxilios de transporte, horas extras, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria, acción promovida en el juzgado 37 Laboral del Circuito, bajo el número de radicación 2018 425, verificándose que el proceso terminó el día 23 de abril del año 2019 por acuerdo conciliatorio en la suma de \$8.000.000, oportunidad en la cual se advirtió que la conciliación tiene 2 efectos, esto es lo de cosa juzgada y que presta mérito ejecutivo, así entonces en aquella oportunidad se encontraba en discusión la existencia del contrato de trabajo y por ende los derechos reclamados eran inciertos, lo que dio lugar a la aprobación de la conciliación y en ese orden, los intervinientes de tal proceso quedaron sujetos a dicha decisión judicial, siendo imperioso respetar y acatar tal pronunciamiento, por lo que resulta improcedente emitir un nuevo juicio, claro está, en lo que concierne a la relación laboral con el señor Edgar Danilo Cancino, a partir del 1 de abril del año 2015 de manera que se confirma la improsperidad de la sustitución patronal suplicada, pues no es posible para la suscrita juez pronunciarse acerca de si el tiempo servido por el actor fue prestado para el demandado Edgar Cancino como propietario de Farmanet insistiéndose que el señor Luis Alfredo Suárez fue quien siempre actuó como empleador del señor Juan Pablo segundo Gutiérrez, y solo durante el interregno de tiempo comprendido entre el 1 de febrero del año 2014 al 31/01/2015 lo que consecuentemente sobrelleva a que no exista la responsabilidad solidaria que indilga el actor; por lo expuesto desde ya se anuncia la decisión absoluta frente al demandado Edgar Danilo Cancino Rincón.



Iniciando con el pago de salarios, auxilio de transporte de vacaciones y licencia de luto, los cuales se resuelven de manera conjunta por cuánto se reclaman los causados por fuera de los extremos laborales aquí determinados, los sueldos y subsidios entre enero a marzo del año 2016, las vacaciones proporcionales del año 2016 y la licencia se fundamentó en el fallecimiento de la progenitora del actor que, según se observa en la documental obrante a folios 76 aconteció el día 6 de junio del año 2015, lo que significa que dichos conceptos dependían de la declaratoria de la existencia de la relación laboral con posterioridad al mes de febrero del año 2015 y por lo menos que se mantuviera hasta el año 2016, reiterándose que para tales épocas la misma no existió o por lo menos no quedó probada dentro de este proceso. En consecuencia, se absolverá al demandado de estas pretensiones.

Con relación al pago de prestaciones sociales sin lugar a mayores consideraciones se tiene que en el interrogatorio de parte del demandado informó a este despacho que el señor Luis Alfredo Suárez canceló la liquidación que militan en el proceso a folio 325, eso sí, aclarando que los pagos se dividieron en varias partes, pero asegurando que se encuentra saldada en su totalidad la deuda verificándose que en la misma se liquidaron los conceptos de cesantías, vacaciones, prima de intereses a las cesantías por el periodo comprendido entre el 01/02/2014 al 31/01/2015 por un valor total de \$1.778.216, razón suficiente para absolver al accionado de estos pedimentos incoados en su contra.

En cuanto a la indemnización moratoria suplicada igualmente será absuelto el demandado en razón a que conforme lo establece el artículo 65 del CST, esta sanción se causa por la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales lo que no ocurrió en este caso, pues como quedó visto tales acreencias fueron canceladas oportunamente al trabajador al finalizar la relación laboral, integrándose con la declaración del demandante y la liquidación del contrato aportada a folio 325, se acredita el pago de prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral confesión surtida en el interrogatorio de parte.

Por último, y en lo que atañe a los aportes pensionales, obra dentro del plenario folio 63 a 68, la historia laboral consolidada del demandante, expedida por Porvenir, documental con la cual se advierte que el empleador no pagó o no realizó los respectivos aportes en pensión en favor del actor durante la vigencia de la relación laboral. En este sentido, al estar plenamente acreditado que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, administrado por Porvenir, este despacho condenara al señor Luis Alfredo Suárez al pago en favor del demandante de los aportes en pensión, junto con los intereses de mora que correspondan al intervalo de tiempo comprendido entre el 01 de febrero del año 2014 al 31 de enero del año 2015, teniendo como base un salario mínimo mensual legal vigente y de acuerdo a la liquidación que efectúe para tal efecto la administradora de fondo de pensiones porvenir, a la cual se encuentra afiliado el demandante.

Excepciones

Acto seguido y resuelto sobre lo anterior, descende el despacho con la decisión sobre las excepciones, iniciando con la de prescripción la que se declarara no probada, por cuanto los aportes con destino a la seguridad social, en específico a pensión, son imprescriptibles como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, como por ejemplo en la sentencia SL 1358 del 2018, radicación 69316, entre muchas otras. Por el contrario, dadas las resultas del caso, se declararán no probadas las de cobro de lo no debido y cosa juzgada, y se releva el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando:

Tengo que decir, y evidentemente con muchísimo respeto, que considero que se ha realizado una indebida valoración de las pruebas. No tiene sentido su Señoría que el despacho no le de valor a las gravísimas contradicciones que se han evidenciado dentro del presente proceso, cómo puede ser razonable que un empleador tenga 5 versiones distintas de un mismo hecho, su Señoría no es un asunto tan simple como vender unos muebles o no es un asunto tan simple como vender o como ceder un contrato de un local comercial, lo que aquí se evidencia desde mi parecer, por supuesto, y por eso he manifestado que considero que una indebida valoración, pero lo digo con respeto, es mi criterio, su Señoría se realizó, evidentemente o cabe aquí la posibilidad de una sustitución patronal, primero su señoría, segundo este proceso legal justamente se inicia para que se estableciera la existencia del vínculo laboral que desde nuestro punto, desde mi punto de



vista también si está probado en el expediente y es el vínculo laboral que persistió en el mismo establecimiento de comercio o por lo menos, en el mismo lugar geográfico donde el señor continúa realizando su labor y el del fondo del debate aquí y yo tengo que decir tristemente que eso no fue valorado, excúseme por su parte y es que por eso le pido al superior que cambie esta decisión su y es que el fondo del debate aquí realmente es si el señor Juan Pablo tuvo 2 vínculos simultáneos del año 2015 al 2016, primero se contradice los demandados, diciendo múltiples versiones al respecto, segundo, se contradicen los demandados diciendo múltiples versiones frente a si se dio, se vendió si fueron unos muebles o no, por eso considero y tengo que afirmar que una indebida valoración de las pruebas, un asunto fundamental también no se hizo una valoración integral y completa de todos los elementos probatorios en el presente proceso y en el expediente se presentaron grabaciones y transcripciones de llamadas telefónicas en donde se prueba como el señor Juan Pablo llamó a su excompañero de trabajo Nicolás reiteradamente en esas conversaciones hay elementos contundentes y fundamentales que prueban, uno, el vínculo laboral simultáneo, 2 prueban, evidentemente, la negligencia y la mala fe de parte del empleador de no pagar justamente la liquidación.

Su Señoría, ese elemento de prueba nunca fue valorado, o por lo menos en el sustento de la decisión, Su Señoría nunca enunció que se hubiera valorado ese elemento de prueba. Se que se aprobó su Señoría, las contradicciones de los empleadores, su Señoría, cuando cambian las versiones, cuando dice el señor Cancino en su interrogatorio, nunca se me llamó, se desapareció y después dice sí me llamó, yo le dije que hablara con mi contador, eso lo dijo el mismo señor Cancino no es una afirmación nuestra, lo dijo en su interrogatorio el señor Cancino allí demuestra una vez más sus contradicciones y su mala fe, 5 versiones, otra vez, tengo que decirlo, referente a la venta o no del establecimiento de comercio, cómo puede ser que un documento legal que debería tener una valoración probatoria certera y que debería ser presumirse que es la Cámara de Comercio donde yo voy, como propietario del establecimiento de comercio, voy a informarle que cambié, que voy a cerrar, que cambie mi sede. ¿Cómo es posible que eso no se tenga en cuenta? para sumarle justamente a las evidentes contradicciones de los demandados, hay varios certificados de existencia y representación de Cámara de Comercio que prueban efectivamente las fechas donde los establecimientos de comercio seguían abiertos en simultánea, se le dio absoluta credibilidad al testimonio de los demandados o del interrogatorio de los demandados, pero se puso en absoluta duda el testimonio de los testigos aportados por este abogado y por el señor, en donde ellos afirman como no se puede la presunción legal justamente es que la relación laboral existió, pero toma todos los elementos probatorios y para el superior afirmó que se tomaron todos los elementos de prueba y se tuvieron solamente en cuenta frente a los dichos o se orientaron a confirmar los dichos del empleador.

Por ejemplo como es razonable que una persona a quien no hay ninguna duda ni hay ningún hecho que genere dudas frente a su testimonio, como el señor Andrés, que rinde testimonio aquí en favor del señor Juan Pablo, quién iba a la droguería todos los días de su propio dicho, lo informa, quien explica por qué trabajaba en ese sector y en esa zona, quien explica porque iban todos los días, como puede ser razonable, que ir todos los días además que el señor enunció con claridad las fechas, se equivoca y tengo que decirlo con respeto en la primera instancia esta decisión porque el señor sí enunció las fechas de 2015 y dijo cuándo había iniciado sus operaciones en ese edificio, a la vuelta donde quedaba esa farmacia y dijo, hasta 2016, cuando había terminado sus operaciones en ese edificio a la vuelta donde quedaba esa farmacia y dijo hasta 2016 cuando había terminado o ya no había vuelto a ver al señor Juan Pablo, el señor en primera instancia, el despacho ha dicho hasta 2014, hay un error allí en la valoración de este elemento de prueba, porque el señor Andrés en su testimonio se puede escuchar, como él dice que esto fue 2015, 2016, que hasta 2016 todavía veía al señor en ese establecimiento de comercio y cómo no se puede, no es lógico y razonable, la señora juez ha afirmado que el señor Andrés dijo 2014, eso es impreciso, pero además se ha afirmado que el señor iba de 5 a 7 minutos y que por eso no podría creerse totalmente en los dichos del señor Andrés, testigo presencial, contundente de todos los hechos, el señor Andrés iba todos los días de 5 a 7 minutos, eso es cierto, no es razonable presumir que si yo voy a un establecimiento de comercio veo todos los días a una persona atendiendo, no es razonable presumir que hay una persona que tiene algún tipo de vínculo con ese establecimiento de comercio. Desde mi punto de vista, por supuesto que es absolutamente razonable, es lógico que esa persona, si yo la encuentro todos los días en un horario o la encuentro siempre atendiendo allí, pues me daría a mi entender que algún tipo de vínculo debe tener y la presunción de la ley es que el vínculo que se presume es la relación laboral y es el demandado y es el empleador quien tiene que demostrar la no existencia en ningún escenario aquí se demostró o no hay una prueba que demuestre la no existencia, lo que sí hay prueba de todas las contradicciones y de todas las imprecisiones de parte de los demandados; hay



una prueba contundente que también debo denunciar y no fue valorado, por lo menos no fue enunciada aquí en primera instancia y fue la llamada telefónica de las muchas llamadas telefónicas que se aportaron al expediente, la llamada telefónica del señor Juan Paulo con el señor Nicolás, donde señor Nicolás, afirma que seguramente se van a robar la liquidación, que no les van a pagar, esa prueba no fue valorada, no se le dio ningún valor.

Además, que el testigo negó la existencia de esas comunicaciones que estaban ya aportadas dentro del proceso, esto no se valoró; se aportaron además y en esto tengo que hacer énfasis porque es un punto muy relevante, se aportaron además las pruebas, evidentemente del daño que se le causó al señor Juan Pablo por la no afiliación a pensión, pero además principalmente a salud. ¿Por qué razón? Porque el señor Juan Pablo tuvo que asumir gastos de su propio bolsillo de su propio pecunio, esa prueba está aportada dentro del proceso se aportaron facturas, se aportaron constancias, el señor asistió y es su familia a médicos particulares en reiteradas ocasiones, esas pruebas están aportadas dentro del proceso, pero, además, tengo que afirmar que no procedía, no prospera o no debería prosperar, la excepción propuesta de prescripción, debido a que esa excepción, el hecho de prescribir en estos derechos de esta persona se interrumpen en el momento en que el señor convoca a Ministerio de Trabajo, entonces no tiene ningún valor haber convocado una vez más el hecho de que el señor Juan Pablo manifiesta reiteradamente su interés páguenme lo que me deben, páguenme lo que me deben prueba justamente a razón que estamos afirmando de que hay mala fe por parte de los demandados. Los hechos y fechas son y fueron ocurrieron en momentos diferentes, no se hizo tampoco ningún pronunciamiento frente a las planillas que están aportadas en el despacho, en donde en el expediente en donde se prueba que los 2 establecimientos de comercio siguieron existiendo no como lo dijo aquí los demandados o dijeron que se había cerrado el establecimiento de comercio de la 116, eso está probado dentro del despacho, los 2 establecimientos de comercio persistieron y siguieron existiendo justamente por mucho más tiempo, las planillas de horarios están aportadas, tampoco se hizo valoración de ese elemento o por lo menos no se denunció allí en esas planillas de los 2 establecimientos de comercio, o sea que coexistían, existían en el mismo momento y en el tiempo. Para mí es preocupante e inquietante que se premie en algún grado el venir a un despacho y hacer versiones múltiples, mentir, decir cosas una y otra y una versión distinta, venir luego y decir otra cosa, hacer una doble contestación de demanda, un asunto que yo no puedo definitivamente entender.

También, además, no se valoró suficientemente el testimonio del interrogatorio del señor demandado de uno de los demandados el señor Cancino, en el sentido de que él mismo aceptó que el señor Juan Pablo iba en muchas ocasiones a las 2 droguerías, el señor Cancino en el minuto 22:15 hace esa afirmación que cuadraban con el señor Alberto, para ese asunto, se presentaron además facturas y esto tampoco fue, o por lo menos no sé si fue valorado, pero no fue denunciado en la sentencia, se presentaron facturas de remisión entre el año 2015, 2016 a las 2 droguerías de mercancía. Si los demandados dicen que ya no existía la droguería del norte y por eso no podía no era cierto que existiera un doble trabajo para el señor Juan Pablo que prestara servicio en los 2 establecimientos de comercio entonces por qué hay documentos que prueban que sí existían, el señor Cancino dijo que esos documentos existían por error de sus trabajadores eso tampoco fue valorado, no se hizo valoración del histórico de ARL, EPS, Pensiones y cesantías, donde se evidencia que el señor Alfredo no hizo los aportes, sino que solamente hizo pago de cuatro meses en el año 2018, justamente cuando fue convocado a conciliación.

CONSIDERACIONES

Para el caso bajo estudio y como lo señaló la decisión de instancia, se encuentra aceptada la relación laboral por parte del señor Luis Suárez Gaitán, por los extremos temporales comprendidos entre el 1 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015, también quedó determinado conforme al dicho del demandado Édgar Cancino, que fue demandado por el aquí demandante en proceso ordinario que cursó en el Juzgado 37 Laboral del Circuito y por la relación laboral que aceptó haber tenido con el señor Juan Pablo desde el



2 de febrero de 2015.

Conforme lo señalado en precedencia, descendiendo a los argumentos del recurso de apelación el demandante centra su primera inconformidad en el hecho de que se tuvo por no probada la prestación personal del servicio del actor de manera simultánea a favor de los dos demandados, entre febrero de 2015 a marzo de 2016; respecto de lo cual, esta sala no evidencia contrario a lo indicado por el recurrente también en alegaciones, la indebida valoración probatoria alegada en cuanto a la probanza de la prestación del servicio del actor en las condiciones alegadas.

Lo anterior, por cuanto de las documentales aportadas al plenario, no se logra establecer la prestación del servicio en la forma alegada, pues como bien lo adujo la decisión de instancia, fueron aportadas por la parte demandante planillas de salida y entrada en las fechas descritas únicamente a la droguería Farmanet, nada se evidencia en cuanto a una prestación del servicio al mismo en el establecimiento de comercio Chicó Plus, ahora bien, en cuanto a las pruebas que afirma no fueron valoradas, se encuentran las **transcripciones** de llamadas telefónicas que señala el recurrente, el actor sostuvo con su compañero de trabajo, documental a la que no se le puede dar el valor probatorio que pretende el recurrente, pues no es posible determinar, cuál es el origen de este, ya que como este mismo indica, fue una transcripción, tampoco se citó al mencionado Nicolás como compañero de trabajo del actor a efectos de que corroborara en el trámite procesal que en efecto lo allí descrito corresponde a su dicho, careciendo dicha documental de la veracidad que requiere para con esto llegar a concluir la prestación del servicio en los interregnos temporales alegados.

Ahora en cuanto al dicho del testigo Andrés, como lo indicó la decisión de instancia y contrario a lo indicado por el recurrente, este sólo dio cuenta de la prestación del servicio del actor en Chicó Plus para el año 2014 y en gracia de discusión, si hubiera dado fe de dicha prestación en los extremos pretendido, lo cierto es que a este respecto y se itera, no obra ningún otro medio probatorio que permita corroborar dicha afirmación y las contradicciones en que indica eventualmente incurrieron los demandados en su dicho, no determinan que se deba acceder a declarar la relación laboral en la forma pretendida, pues bien sabido es que para que se active la presunción contenida en el artículo 24 del CST, es presupuesto ineludible



que se acredite la efectiva prestación del servicio, lo que no ocurre en el asunto bajo estudio; en cuanto a las facturas de remisión que indica se expidieron por parte de los 2 establecimientos de comercio para las mismas fechas, si bien se aportaron facturas que relacionan domicilios, nada permite concluir que las mismas hayan sido despachadas por el accionante, pues sólo algunas cuentan con un rúbrica, respecto de la cual, tampoco es posible determinar que correspondan al señor Juan Pablo y la afirmación que indica el recurrente hizo el señor Cancino respecto a que el actor iba las 2 droguerías, nunca afirmó que ello se debiera a que el señor Gutiérrez laboraba para los dos establecimientos de manera simultánea.

De otra parte y en cuanto a la sustitución patronal alegada, como bien lo adujo la juzgadora de primer grado, en el caso bajo estudio, no se configuran los presupuestos de dicha figura, como quiera que el mismo recurrente insiste en que los dos establecimientos de comercio subsistían y para que tenga lugar dicha sustitución, debe operar respecto de un **único establecimiento**, aunado a ello y conforme se señaló, quedó determinado que el demandante Édgar Cancino, fue demandado por el actor respecto de la relación laboral que sostuvo con este y que fuera concomitante a la que se probó existió con el demandado Luis Suárez Gaitán, lo que permite corroborar que el señor Juan Pablo tenía claridad respecto a que la prestación de servicios para cada uno de los demandantes, fue **independiente**, máxime cuando no se logró probar la prestación de servicio de manera simultánea alegada.

En cuanto al pago de aportes al sistema de salud, se tiene que el recurrente confunde los perjuicios que ha indicado la Sala Laboral de la CSJ deben probarse para que proceda la condena petitionada, con los gastos en que se incurre de manera particular para la atención en salud; siendo que dichos perjuicios en efecto no se encuentran probados, pues su ocurrencia precisamente fue evitada al acudir de manera particular al sistema de salud.

Por último y en cuanto a la excepción de prescripción, esta se tuvo por **no** probada como lo solicita el recurrente, por lo que no hay lugar a hacer pronunciamiento adicional al respecto, debiéndose **confirmar** la decisión recurrida, al no salir avante ninguno de los argumentos del recurso.

Sin costas en esta instancia.



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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2021-478-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demanda Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación y nulidad del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., que se declare que para todos los efectos legales se encuentra válidamente afiliado y sin solución de continuidad a Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar el valor total de los aportes realizados por el demandante, junto con todos los rendimientos causados, el valor total del bono pensional, cuotas de administración y todas las sumas adicionales con destino a Colpensiones, que se ordene a Colpensiones computar los tiempos cotizados en el RAIS en la historia laboral del actor, completos y sin inconsistencias respetando los IBC reportados por la AFP Porvenir, que se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en su favor de manera retroactiva desde la fecha de la causación del derecho, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios sobre el retroactivo causado y hasta que su pago se haga efectivo y la indexación sobre las mesadas reconocidas retroactivamente. Por último, solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 4 de mayo de 1956, que estuvo afiliado al RPM desde el 5 de junio de 1985, al 31 de diciembre de 1998, administrado por el ISS hoy Colpensiones, que al momento de trasladarse al RAIS contaba con 35 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social y 40 años cumplidos, que la AFP Porvenir S.A., lo invitó a trasladarse de régimen pensional el día 15 de enero de 1997, traslado que se materializó a partir de marzo del mismo año, que para motivar el traslado el asesor de Porvenir S.A., le manifestó que el ISS estaba en riesgo de desaparecer, insinuando con ello que sus semanas y pensión también estarían en riesgo de perderse; asegurándole que de trasladarse al RAIS obtendría mejores garantías y mayores beneficios en su futuro pensional, que no se le informó sobre las consecuencias que tendría tal decisión respecto de su futuro pensional.

Refiere que al momento de trasladarse tampoco le informaron que su regreso al RPM sería limitado y eventualmente no podría regresar al mismo, que la AFP Porvenir S.A., no le brindó una información detallada, completa, eficaz y oportuna sobre las debilidades del RAIS, omitiendo el deber de información y



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: EDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

creando un vicio en el consentimiento por parte de este que a la fecha no ha sido saneado, que Porvenir no le dio aviso de la oportunidad que tenía de regresar libre y voluntariamente al RPM, antes de que cumpliera los 52 años de edad, faltando al principio del buen consejo, que el 10 de agosto de 2021, radicó ante Colpensiones solicitud de ineficacia de la afiliación y nulidad del traslado de régimen pensional, que el 11 de agosto de 2021, Colpensiones emitió respuesta negando el traslado y su regreso voluntario al RPM, que radicó derecho de petición ante Porvenir S.A., el 10 de agosto de 2021, solicitando el traslado de régimen pensional con destino a Colpensiones, que el 1 de septiembre de 2021, Porvenir emitió respuesta negando la petición de traslado y allegando la documentación parcial requerida; quedando agotada la etapa de reclamaciones administrativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, cuanto a los hechos manifestó no constarle los No. 1 a 3, 10 y 11 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4, 10 a 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios e innominada o genérica.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: EDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor EDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA, a través de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda declarando parcialmente probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto de la pensión de vejez e intereses moratorios.

CUARTO: COSTAS a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de la señora EDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que la jurisdicción laboral ya se ha creado una línea jurisprudencial entorno a la problemática de la ineficacia de traslado de régimen pensional, habiendo resuelto varios debates jurídicos que se plantean desde la Sentencia del 9 de septiembre de 2008, Radicado 31989, las más recientes 1421, 1688, 1689, 3464, estas de 2019, 4806 de 2020, 5686 de 2021, 756 de 2022; primero, la excepción de prescripción oportunamente propuesta por las demandadas, no era dable declararla probada en este tipo de casos, teniendo en cuenta la estrecha relación que existe entre esta problemática y el derecho irrenunciable a la seguridad social, establecido en el artículo 48 Superior y el Despacho ha señalado un derecho irrenunciable y digno.

Segundo, la carga de la prueba les corresponde a las administradoras y no porque lo diga la línea jurisprudencial pues como se observaba, el actor se trasladó a Porvenir en el año 1997, para este año ya estaba vigente el Decreto



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

720 de 1994, que en el artículo 12 señala que las administradoras tenían el deber de suministrar oportuna, amplia y suficiente información; es un deber cualificado de información. Tercero, no es prueba conducente los formatos de afiliación para demostrar ese consentimiento informado pues son datos básicos los que allí se plasman, eventuales beneficiarios pero nada más, no se observa que pormenores se le está explicando al demandante sobre el RAIS que es bien complejo, y que en su esencia depende de la volatilidad del mercado.

Cuarto, no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición o que haya cumplido los requisitos para pensionarse, para el caso del señor Édgar, había nacido el 4 de mayo de 1956, no era beneficiario de dicho régimen por edad ni por tiempo de servicios, tenía 30 semanas cotizadas al entonces ISS pero todo ciudadano debía ser depositario y destinatario del mismo nivel de información, independientemente de la información que se presente, que el actor al absolver interrogatorio de parte, sólo recordó dos cosas, que le manifestaron que el ISS se iba a acabar y que le iban a pagar mejor, esa fue la expresión que utilizó y como finalmente sucedió pues no iba a ser ningún beneficio en cuanto la mesada porque se observa que la tasa de reemplazo según la proyección que allegó Porvenir a página 241, era apenas del 21% del IBL, tasa nunca antes vista en el Sistema de Seguridad Social en Colombia. En tal sentido, evidentemente nunca iban a ser mejor sus condiciones pensionales en dicho régimen.

En cuanto a la pretensión de vejez, indicó que teniendo en cuenta que no había una legitimación de Colpensiones, pues el actor no era aún afiliado de esta, no contaba con la historia laboral actualizada, por lo que se tendría que esperar a que el señor Édgar volviera a tener la condición de afiliado de Colpensiones para que exista una legitimidad de esta administradora para resolver cualquier reclamación de una eventual pensión de vejez a favor del aquí demandante.

RECURSO DE APELACIÓN



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

La demandada **Colpensiones** manifestó que nada tuvo que ver en cuanto a la decisión que realizó el demandante de trasladarse hacia el año 1997, y mantenerse alrededor de lo que vienen siendo 25 años dentro del RAIS.

Solicita se tenga en cuenta el recurso, pues como se evidencia y dentro del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es una libre escogencia la que realizan los demandantes para afiliarse a los fondos que están contemplados en la ley, a lo cual el aquí demandante duró aproximadamente 25 años dentro del RAIS y como tal nada tuvo que ver Colpensiones dentro de la libre escogencia que él realizó a lo largo de su vida laboral para permanecer en este fondo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 15 de enero de 1997, a través de Porvenir S.A., como se verifica de copia del mismo aportado por la demandada en mención y visible en expediente digital.

En este orden, la figura de la ineficacia, ha sido objeto de estudio por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha indicado respecto de dicha figura 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; 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Édgar Javier Fernández, 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 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: EDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: EDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópicamente también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se 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, en grado de consulta a 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 Porvenir S.A., los que deben ser objeto de dicho traslado contrario a lo indicado por esa AFP en alegaciones, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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

Respecto a la permanencia del actor en el RAIS, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021; de igual forma y si bien esa administradora pensional no tuvo injerencia en el traslado del actor al RAIS, lo cierto es que conforme los efectos de la ineficacia, debe asumir la calidad de administradora pensional del demandante.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de 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**, debidamente indexados y que fueran descontados durante la vigencia de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100478-01 Dte: ÉDGAR JAVIER FERNÁNDEZ ARZUAGA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

afiliación del demandante al RAIS; conforme lo señalado en la parte pertinente de este pronunciamiento.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2021-00101-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ MARINA LEGUIZAMON LÓPEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHHNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería al Dr. JUAN PABLO MELO ZAPATA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.551.950 y tarjeta profesional No. 268.106 del C.S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de enero del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora LUZ MARINA LEGUIZAMON LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS el día 04 de agosto de 1995 a través de la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP Porvenir a girar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual; se CONDENE a COLPENSIONES a aceptarla en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que cotizó en el RPMPD entre el 12 de enero de 1978 y el 30 de julio de 1995; que a finales del año de 1995 los asesores de la AFP Horizonte visitaron las instalaciones de la Alcaldía de Tunja, entidad donde laboraba brindando charlas a los empleados donde se les ofreció beneficios superiores a los ofrecidos en la Caja de Previsión; que como consecuencia de la información brindada por el asesor, se trasladó a la AFP Horizonte suscribiendo formulario de afiliación el día 04 de agosto de 1995; que antes, durante y después del traslado de régimen pensional ninguno de los asesores le brindó la información, pertinente, veraz y oportuna para de esta forma tomar la decisión de trasladarse nuevamente; deber que tienen los fondos de pensiones; que nació el 10 de enero de 1957, como se evidencia en la cedula de ciudadanía; que al 01 de abril de 1994 contaba con 35 años, situación que en primera medida la hace beneficiaria del régimen de transición; que el día 18 de abril de 2008 radicó Formulario de Vinculación ante el ISS solicitando el traslado sin obtener una respuesta favorable; que cuenta con 1.693 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 5, 9, 11, 18, 19 y 20; aceptó parcialmente el 6, 7 y 8 y, manifestó no constarle



los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 2, 3, 4, 10, 12, 13, 14, 15, 16 y, 17 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora MARINA LEGUIZAMON LÓPEZ, identificada con CC. 40.013.221, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. efectuada el día 4 de agosto de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de demandante MARINA LEGUIZAMON LÓPEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida su afiliación al RPM con fecha 12 de enero 1978, como única administradora de dicho régimen, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral.



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

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a cargo de éstas.

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

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no basta con la firma del formulario de afiliación, sino que se debía demostrar que se brindó una información clara y suficiente; que acoge los criterios expuestos por la CSJ; que el traslado no se convalida con los traslados horizontales dentro del RAIS; que para que se declare la ineficacia no es necesario ser beneficiario del régimen de transición; que al declararse la ineficacia vuelven las cosas al estado anterior por lo que la AFP PORVENIR debe devolver todas las sumas recibidas incluyendo los gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que no se dan los requisitos para haberse declarado la ineficacia del traslado, pues no se observan que hubiesen existidos vicios en el consentimiento; que se tiene que recibió la asesoría precontractual de parte de la asesora de Porvenir quien le señaló que podía pensionarse a una menor edad y tendría una cuenta de ahorro individual, las cuales son características del RAIS, que no se compró que exista una diferencia en el valor de la mesada entre los dos regímenes; que la demandante nunca estuvo afiliada antes a Colpensiones sino a una caja de la alcaldía.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora



Luz Marina Leguizamón López, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 1995; fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

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



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Luz Marina Leguizamón López, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Horizonte hoy Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro



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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar 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 siendo posible como lo pretende Colpensiones, entender que se le brindó la información requerida porque el asesor le señaló a la demandante que tendría una cuenta de ahorro individual y podría pensionarse antes, lo cual no es suficiente.

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Horizonte hoy Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora 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 a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que al trasladarse iba a obtener una mejor pensión y, que la caja en la que se encontraba se iba acabar.

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



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

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineffectividad 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 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 ineffectividad del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

Siendo necesario precisar que la Corte en ningún momento ha establecido que en este tipo de procesos deba demostrarse que existe una diferencia en el valor de la mesada pensional en cada uno de los dos regímenes como lo pretende la apoderada de Colpensiones, pues se reitera lo que se debe revisar es si se probó o no que se brindó la información requerida al momento del traslado inicial.

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



jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional 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.

Finalmente, debe indicarse que, si bien la demandante no se encontraba afiliada al ISS antes de trasladarse al RAIS, sino que se encontraba afiliada a la Caja de la Alcaldía, lo cierto es, que la Corte de manera reiterada ha explicado que dichas Cajas hacen parte del RPMPD, por tanto, al declararse la ineficacia lo correcto es que se ordene su retorno al ISS.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2022-224-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOAQUÍN JAIMES MORENO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de diciembre de 2022.

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.

ANTECEDENTES

El señor JOAQUÍN JAIMES MORENO por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada el 14 de julio de 1995, con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Porvenir S.A., a trasladar todos los valores



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad en el RPM. Por último, solicita que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de diciembre de 1961, que realizó cotizaciones para pensión al extinto ISS, desde el 15 de febrero de 1982, hasta el 1 de agosto de 1995, que fue trasladado del RPM hacia el RAIS, mediante formulario diligenciado el 14 de julio de 1995, firma que se realizó con Porvenir S.A., que asintió su afiliación al RAIS, en razón a que el promotor de Porvenir S.A., le manifestó que el Seguro Social no tendría los fondos suficientes para responder por las mesadas pensionales al momento en que se fuera a pensionar porque esta entidad se iba a acabar, que al realizar el traslado de régimen obtendría una muy buena pensión, que en esta AFP podría pensionarse mucho antes de cumplir la edad requerida, que el asesor tampoco le proporcionó de manera oportuna información que resultaba imprescindible para construir un acto jurídico de afiliación voluntario, referente a los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS.

Refiere que no le informaron los requisitos y condiciones de las diferentes prestaciones económicas del RAIS ni los requisitos que debía cumplir para obtener una pensión anticipada por vejez, que no le indicaron las variables que incidirían en el valor de la pensión por vejez en el RAIS ni sobre los riesgos que asumiría al realizar la afiliación, no le manifestaron qué condiciones debía cumplir para pensionarse con una mesada pensional similar o superior a la que recibiría en el RPM ni sobre los niveles de riesgo que correrían sus ahorros en el RAIS, no le informaron que existían diferentes modalidades de pensión en el RAIS ni que al pensionarse bajo la modalidad de retiro programado cada año se evaluaría la evolución del ahorro, al rentabilidad generada y la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

expectativa del vida del pensionado y sus beneficiarios, tampoco que obligatoriamente se trasladaría a la modalidad de renta vitalicia ni que su pensión sería administrada por una aseguradora, que no le señalaron que, en la modalidad de renta vitalicia, una vez cese el derecho de los beneficiarios en caso de fallecimiento, el saldo trasladado a la aseguradora no se devolvería a los herederos.

Expone que Porvenir S.A., no le proporcionó una asesoría profesional completa, clara y suficiente que le permitiera conocer las características y condiciones reales del RAIS, y establecer un comparativo con las condiciones del RPM al cual se encontraba afiliado, que para la fecha en la cual se realizó la afiliación al RAIS, Porvenir S.A., no había implementado programas de capacitación para sus promotores, que no se le informó sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de que cumpliera 52 años de edad, que se encuentra afiliado en pensiones obligatorias en Porvenir S.A., que no se encuentra pensionado por los riesgos de vejez o invalidez, que mediante escrito del 7 de febrero de 2022, solicitó a Colpensiones tenerlo como afiliado al RPM, sin solución de continuidad y, en consecuencia, recibir de Porvenir S.A., el total del capital acumulado por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, así como toda la información de la historia laboral, que Colpensiones a través de oficio del 8 de febrero de 2022, le manifestó que no es posible activar la afiliación al RPM, como tampoco recibir los aportes realizados en la AFP.

Indica que mediante escrito del 7 de febrero de 2022, solicitó a Porvenir S.A., anular su afiliación al RAIS y trasladarlo al RPM, así como expedir copia de documentos y de la proyección pensional, que el 15 de febrero de 2022, Porvenir S.A., remitió formulario de afiliación suscrito por el demandante el 14 de julio de 1995, que en la contestación Porvenir S.A., anexó certificación de prensa donde se daba a conocer el año de gracia que tenían los afiliados para cambiar de régimen y dio respuesta a la reclamación manifestando que la solicitud de declarar inválida la afiliación y/o nula la afiliación al RAIS no resultaba jurídicamente procedente, que también le informó que se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensionaría por vejez en el RAIS, con la pensión de garantía mínima, ya que cumple los requisitos de semanas, que para el fondo son 1.150 pero no cuenta con el capital suficiente que le permita obtener una pensión de mayor valor, que de acuerdo con la liquidación de pensión el demandante se pensionaría por vejez en el RPM y tomando el promedio de los últimos 10 años, por ser el IBL más favorable, con una mesada por valor de \$1.376.900, esta proyección se encuentra basada con aportes al año 2021, que dicha posibilidad no fue advertida por parte de Porvenir S.A., lo que se traduce en una violación a su derecho fundamental al mínimo vital el cual ha venido construyendo a lo largo de su trayectoria laboral, estableciendo una merecida calidad de vida para él y su núcleo familiar.

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 numerales 9 y 10, no constarle los No. 1, 2, 11, 12 y 18 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 11 y 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor JOAQUIN JAIMES MORENO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que el demandante jamás se separó el régimen de prima media, situación que se predica de todas las demás afiliaciones que se hicieron.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales, si ya han sido redimidos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de cumplirse esta orden.

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

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

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

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, establecían que la decisión de traslado, debía ser libre y voluntaria y no podía suplirse única y exclusivamente con la firma de un formulario, sino que va más allá, bajo el entendido que se haya garantizado en dicho momento una libertad o un consentimiento informado, es decir, cuando a ese potencial afiliado se le entrega una información suficiente y transparente que de acuerdo a la línea jurisprudencial explicada por la Corte Suprema de Justicia, esa suficiencia y esa transparencia se reunían cuando se le explica de manera objetiva y comparada las características, beneficios, condiciones, diferencias y consecuencias que tiene el traslado, esto no se tiene que quedar única y exclusivamente con las nociones básicas que establece la ley sino que como lo ha señalado la CSJ deben aplicarse estas normas al caso concreto que rodea a ese potencial afiliado para que sólo él pueda entender y establecer



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

cuál es el régimen que más le conviene, todas esas explicaciones deben hacerse de manera clara y comprensible y dentro de la oportunidad debida.

Que la carga de la prueba les correspondía en estos asuntos a las administradoras de fondos, en este caso específico a Porvenir S.A., atendiendo a dos normas, artículo 1604 del Código Civil y 167 del CGP. Así, para el Despacho Porvenir S.A., no había cumplido con esa carga que le imponen las normas sustanciales y procesales pues existen de la lectura de los formularios de afiliación suscritos por el actor primero a Horizonte y luego a Porvenir S.A., no se podía establecer de manera certera cuál fue la información que le dio en su momento el asesor al demandante para poderlo lograr convencer, situación que tampoco se pudo esclarecer con el interrogatorio de parte.

En cuanto a ese tópico, la CSJ había señalado que el formulario de afiliación no puede servir de bandera para establecer que efectivamente se garantizó esa libertad porque informada, además de datos particulares no contiene alguna otra información con la que se pueda concluir que se cumplió con ese deber bajo estudio y el hecho que dentro de los mismos formatos se consignaran unas cláusulas genéricas a las cuales se adhiere el afiliado cuando se suscribe el formulario tampoco es indicativo que se haya cumplido con ese deber de información en los términos señalados. SL 3465.

En esa medida, esos vacíos que deja el formulario tampoco se llenaban con el interrogatorio de parte, ya que en ninguna de las respuestas dadas por el actor se observaba algún asomo de confesión, ninguna de las respuestas dadas por el demandante evidenció haber recibido la información, y si su afiliación fue direccionada o no a través de su empleador era una cuestión diferente que no desplaza la ineficacia porque entre el artículo 13 y 272 se establecía quienes son los responsables de la afiliación y es que los responsables de la afiliación no son los empleadores, el responsable de la afiliación debe cumplir con los requisitos que conlleva la afiliación, responsabilidad que es de la AFP, de suerte que si el empleador interviene en el poder de afiliación era una situación aún más grave para la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

administradora de fondos que está incumpliendo con su obligación de abordar en el momento idóneo de la afiliación a ese afiliado para dar la información, independientemente de los convenios que pueda tener con los empleadores.

En ese orden, había lugar a declarar la ineficacia y acceder a las pretensiones de la demanda, ordenándosele a Porvenir que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos, bono pensional en caso de que se haya redimido, gastos o comisiones de administración, seguros previsionales y el porcentaje que va para la garantía mínima, desde gastos en adelante y debidamente indexados con destino a Colpensiones, a Colpensiones que reactive la afiliación que tenía el demandante al RPM sin solución de continuidad, pues estos debían ser objeto de traslado conforme al precedente jurisprudencial y estos ayudaban a garantizar ese principio de sostenibilidad financiera.

Autorizó a Colpensiones a realizar las acciones judiciales para obtener ese resarcimiento de perjuicios, esto conforme al Decreto 720 de 1994, que habla sobre los perjuicios que pueden generarse con los actos de las administradoras; en cuanto a la excepción de prescripción la declaró no probada al estar ligada la acción de ineficacia con el derecho pensional que era imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió de manera parcial, en primer lugar, señalando que también al demandante le asistía el deber de estar informado y de cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, también tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con Porvenir, teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En cuanto a la indexación, afirmó que resultaba improcedente de acuerdo con lo mencionado en la Sentencia C-00161 del 13 de mayo de 2010, y adicionalmente en la SL 9316 de 2016, así, dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por tanto, resulta incompatible ordenar la indexación pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos incluso mucho mayores que los exigidos por la ley.

De igual manera y teniendo en cuenta que se estaba ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación del demandante, tal rubro sería excluyente con la indexación ordenada como lo indicó el Tribunal Superior de Cundinamarca en Sentencia de fecha 21 de junio de 2022, y Sentencias de fecha 25 de julio y 31 de octubre de 2022, proferidas por el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, entendiendo así que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar.

Colpensiones, recurrió solicitando que la sentencia sea estudiada y revocada, teniendo en cuenta las actividades normativas, jurisprudenciales y fácticas que rodean este ejercicio que hoy en día se reprocha correspondiente al negocio jurídico del traslado por cuanto, se itera, el Tribunal de cierre de lo ordinario ha hecho manifestación, es la existencia de una ineficacia pero no es simplemente por resolver un negocio jurídico sino que tiene otros matices que deben ser tenidos en cuenta, lo que se pretende establecer es la falta de información por parte del fondo pensional pero es que el fondo pensional es una actividad ex post, entonces se pregunta ¿Cómo se puede transformar o hacer previsible para la época del traslado del afiliado un actividad que se va a detentar en el año 2022? ¿Cómo se puede hacer esa actividad exigible a los fondos o a las intervinientes, incluso al mismo señor Joaquín desde esa época?



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Indicó por lo anterior que no se podía realizar un estudio de las actividades propias y a la fecha en la cual se emite el fallo 2022, para establecer que esas actividades podrían o no podrían haber incidido en el momento del traslado, incluso sobre las actividades consolidadas o las expectativas que en este momento pudiesen acaecer para indicar si el mismo entonces tendría algún objeto distinto a la fijación del litigio y la respuesta es no.

En el caso concreto ¿En dónde está la afectación? ¿En dónde está el daño? ¿Dónde se materializa el mismo? No solamente se puede predicar el fondo privado es malo y el fondo público es bueno porque si se mira bajo esas incidencias y como el mismo señor Joaquín en su declaración hizo manifestación, es que fue de público conocimiento que el ISS se iba acabar, pues hoy día es de público conocimiento que Colpensiones lo pretenden acabar, que es de público conocimiento que pretenden hacer una reforma pensional, entonces dentro de 20 años se va a decir que estas persona e incluso las que hoy día están trasladando a Colpensiones, después aducen s que Colpensiones se iba a acabar porque era el boom, eso no era un argumento y ese no es el índice que se pretende establecer, bajo la parametrización propia que tiene cada caso en concreto y que en esta circunstancia no se pudo establecer.

Sobre las actividades propias, este ejercicio de acompasar termina al fin y al cabo resultando en unas actividades inequitativas entre las partes, la inversión de la carga probatoria no es única y exclusivamente por la acción sino por las presuntas actividades o posiciones dominantes como lo sería en este caso la AFP con el afiliado, bajo la Sentencia C-086 de 2016, por imperativo constitucional, artículo 241, para todos los funcionarios judiciales en el Estado Colombiano, indica que la gracia de la inversión no es volver una parta más fuerte que la otra, es volver las dos en las mismas condiciones, en este caso ¿Cómo se pretende acreditar circunstancias distintas o que estas actividades que terminan siendo cláusulas y jurisprudenciales podría darse un trato a los sujetos?



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor JOAQUÍN JAIMES MORENO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A., el 14 de julio de 1995, como se verifica de copia de dicha documental allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que realizara el actor a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 8 de marzo de 2002, y nuevamente hacía Porvenir S.A., el 31 de marzo de 2003, de conformidad con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP Porvenir.

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

Así las cosas 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Joaquín Jaimes Moreno, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo señalado por las demandadas en recurso y 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 Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del demandante, pero nada dice acerca de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente 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.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Sobre este tópico, se tiene que las decisiones judiciales a que alude Porvenir en su recurso, no ostentan el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

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

Finalmente, se considera que como lo adujo la decisión de primer grado, se considera procedente 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, por lo que se **confirmará** en su totalidad 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: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39202200224-01 Dte: JOAQUÍN JAIMES MORENO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Los Magistrados,

A stylized, cursive signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a long, sweeping line that extends downwards and to the left.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

A cursive signature in black ink, featuring a prominent 'M' followed by a series of loops and a long horizontal stroke.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

A cursive signature in black ink, starting with a large 'H' and followed by several loops and a long horizontal stroke.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2021-242-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CONSUELO RODRÍGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de febrero de 2023.

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. y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora CONSUELO RODRÍGUEZ por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliaciones que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., Colfondos y Protección S.A., por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

jurídico del traslado, que se declare que nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, por lo que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Porvenir, Colfondos y Protección S.A., a registrar en su sistema de información que la afiliación al RAIS es ineficaz, que se condene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la actora incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, que se condene a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes. Por último, solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició sus aportes a pensión a través del RPM, que realizó su traslado de régimen a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 11 de julio de 1996, que se afilió a la AFP Colfondos S.A., el 10 de marzo de 2009, que se afilió a Protección S.A., el 25 de abril de 2017, que en la actualidad los aportes en pensión son administrados por la AFP Protección, que su afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., se da por cuanto ese fue el formulario que le suministraron en su lugar de trabajo, que no le explicaron de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS ni cuáles eran las ventajas y desventajas del RAIS frente al RPM, que no le indicaron cuáles eran los requisitos para acceder a una pensión en el RAIS, que no le informaron que su pensión en el RAIS estaría definida no sólo por sus aportes a pensión sino también por el capital que debía acumular en una cuenta de ahorro individual.

Manifiesta que Porvenir S.A., no le señaló que de sus aportes mensuales a pensión se haría un descuento en favor del fondo de pensiones por concepto de cuota de administración y para la contratación de seguros previsionales



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que cubrieran los riesgos de invalidez y muerte, que la AFP Colfondos tampoco desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, que no le informó de manera clara y precisa cuáles eran las características del régimen pensional en el que se encontraba en comparación con el RPM ni qué factores influían para la determinación de la mesada pensional en el RAIS, que la AFP Colfondos no dio cumplimiento al deber de buen consejo, que para la fecha de vinculación a Colfondos S.A., tenía 39 años.

Refiere que la AFP Protección tampoco desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente, que no le informó sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, no adelantó ninguna gestión tendiente a brindarle una re asesoría pensional a fin de revisar si según sus condiciones le resultaría más conveniente permanecer en el RAIS o retornar al RPM antes de que le faltarán menos de diez años para cumplir la edad mínima, que el ingreso base de liquidación de la demandante es de \$6.173.389 de acuerdo con la liquidación efectuada por la firma Yabar Liquidaciones, que la pensión que le habría correspondido en Colpensiones equivaldría, aproximadamente a \$3.882.286.

Indica que el 7 de diciembre de 2020, elevó petición ante la AFP Protección, solicitando la declaratoria de ineficacia de su traslado por no haber contado con la asesoría necesaria y una proyección pensional comparada entre el RAIS y el RPM y copia del formulario de afiliación a este fondo de pensiones, que también el 7 de diciembre de 2020, radicó solicitud ante Colfondos y Porvenir S.A., a fin de que se procediera con la declaratoria de ineficacia de su traslado y solicitando copia del formulario de afiliación, que el 16 de diciembre de 2020, ante Colpensiones petitionó que se activara su afiliación por cuanto su decisión de traslado no estuvo antecedida de asesoría e información por parte del fondo de pensiones, que Protección respondió indicando que no era procedente acceder a lo solicitado pues su afiliación fue válida y adjuntó copia del formulario de afiliación, que Colpensiones se limitó a informar en qué casos es procedente la solicitud de traslado, que Colfondos indicó que no era



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

procedente acceder a lo peticionado y adjuntó copia del formulario de afiliación, que Porvenir S.A., procedió a señalar que la afiliación era válida y allegó copia del formulario de vinculación a la AFP Horizonte.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colfondos S.A.**, respecto de la pretensión declarativa No. 4 no la aceptó ni se allanó, en relación con la No. 6 no se opuso ni la aceptó y se opuso a la prosperidad de las demás, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 3, 16, 24 y 30, negó los No. 12 a 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros previsionales.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 2, 25 y 31, negó los No. 7 a 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 5, 26, 29 y 34, negó los No. 7 a 11 y 22 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

Protección S.A., respecto de las pretensiones declarativas No. 1, 2, 4 y 5 y a las de condena No. 1 y 2 manifestó no estar dirigidas a dicho fondo y se opuso a la prosperidad de las demás, en cuanto a los hechos aceptó los No. 4, 5, 23, 27 y 28, negó los numerales 17 a 20 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por CONSUELO RODRÍGUEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1o. de septiembre de 1996, a través de HORIZONTE hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Lo anterior, con la precisión de que dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con la AFP HORIZONTE, como en el que directamente estuvo vinculada con PORVENIR S.A.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que de acuerdo con la consulta del SIAFP, la señora Consuelo Rodríguez se afilió al RAIS el 11 de julio de 1996, con efectividad desde el 1 de septiembre del mismo año, a través de Horizonte hoy Porvenir, luego se trasladó a Colfondos el 10 de marzo de 2009, con efectividad a partir del 1 de mayo de este mismo año, y luego se trasladó a Protección el 25 de abril de 2017, con efectividad desde el 1 de junio de la misma anualidad, que la obligación de información se encontraba en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, e igualmente se continuó reiterando esta obligación, entre otros, en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, posteriormente, en el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, aplicable también a las entidades del sistema financiero, luego con el literal C del artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, entre otras disposiciones normativas.

Que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, había reiterado que se encuentra en cabeza de las administradoras el deber de información y en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

una primera etapa sostuvo que el incumplimiento del mismo acarrearía la nulidad del traslado, tal postura se encuentra en la Sentencia 31989 de 2008, 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, y SL 19447 del 2017; sin embargo, desde el año 2019, puntualmente la Sentencia SL 1421 de esa anualidad, la Corte precisó que el incumplimiento del deber de información no acarrea la nulidad sino la ineficacia del mismo postura referida, entre otras, en sentencias como la SL 1452 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2020, SL 373 de 2021, SL 1217 de 2021 y SL 782 de 2021, y SL 1055 de 2022.

De dicha línea jurisprudencial subyacían algunas reglas jurisprudenciales que se contraían a los siguientes puntos: 1) El cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación; 2) la carga probatoria se encuentra en cabeza de la AFP; 3) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición; 4) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio; 5) El hecho tal de que uno de los argumentos del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el RPM no implica que no proceda la ineficacia; 6) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia; y 7) aun cuando existan traslados entre AFPS, ello no desdibuja el incumplimiento del deber de información.

Por lo anterior, indicó que para la época en que tuvo lugar el traslado original de la demandante ya existía una obligación legal para la AFP de suministrarle la información necesaria a efectos de que tomara una decisión consciente frente a un tema tan importante como lo era el traslado de régimen pensional; no obstante, no se había logrado acreditar por ningún medio probatorio que en efecto la AFP haya brindado dicho deber de información y si bien existieron diferentes traslados horizontales, lo cierto es que como lo había referido la CSJ en sentencia SL 1055 de 2022, los traslados horizontales no convalidaban el incumplimiento en el deber de información en el momento en que se hace el traslado inicial de régimen pensional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Así las cosas, había lugar a la ineficacia del traslado de régimen pensional, precisando que, en lo que respecta a las consecuencias de dicha declaración, debía disponerse el traslado de todos los recursos depositados en la CAI del actor, por ende, se debía ordenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones incluido los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago en aras de corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Igualmente Colfondos y Protección S.A., debían devolver los valores descontados por conceptos de gastos de administración, comisiones, costos de seguros previsionales y los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados correspondientes al período que duró la vinculación de la demandante con dichas administradoras. Dicha medida cobijaba tanto el período de permanencia con la AFP Horizonte como de la vinculación con Porvenir. Así mismo, Colpensiones debía actualizar la historia laboral normalizando la afiliación en el SIAFP y entregar el archivo y el detalle de los aportes realizados durante la permanencia en el RAIS como lo establece el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016.

En torno a la excepción de prescripción, señaló que por mandato constitucional, el derecho a la Seguridad Social es de carácter irrenunciable, de allí emanaba la característica de imprescriptible que tenía establecida la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, y que avalan igualmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** recurrió señalando que la carga de la prueba pues esta no podía recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada, en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender que era lo que estaba firmando y, de igual manera,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tampoco se podía considerar a la actora como la parte débil en el proceso, por cuanto tenía las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera y las actuaciones de esa administradora, se encontraban permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la demandante se basaba única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo anterior teniendo en cuenta que esa administradora como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, pues la Constitución Política en el artículo 346 así lo señala.

Que la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS afectaba la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y ponía en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumplió con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse de los aportes que los demás afiliados han realizado y además permite que aquellos por buscar otros beneficios como lo ofrece el RAIS, como lo hizo la demandante, al momento de darse cuenta que no podrá acceder a dichos beneficios se vean beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del RPM que permanecieron en este régimen.

Porvenir S.A., señaló que si bien no se allegaron mayores documentales donde se probara la asesoría brindada a la demandante, lo cierto es que para la fecha del traslado de régimen de la actora no le era exigible a los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de afiliación, que la demandante para la fecha de su traslado, contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos en los cuales ha estado vinculada, no siendo procedente que alegara su propia culpa, pues como consumidora financiera también contaba con deberes como, por ejemplo, actuar con mediana diligencia, lo cual se supone que tuviera conocimiento por lo menos del acto jurídico que estaba realizando para poder así precisar las consecuencias de la decisión del traslado de régimen.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Si en gracia de discusión se confirmara la decisión, solicito revocar la condena en cuanto al traslado de gastos de administración y pago de lo descontado respecto de sumas o primas previsionales, ya que el traslado de dichos rubros no era viable como quiera que estas sumas no están llamadas a financiar la pensión pues tienen una destinación específica que por mandato legal fue cumplida plenamente por Porvenir al manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento o rentabilidad de los aportes efectuados por la actora, por los rendimientos que le han sido reconocidos a la accionante en su cuenta de ahorro individual, al igual que amparar las prestaciones económicas de invalidez y muerte durante la vinculación a cada administradora demandada.

Por otro lado, señaló que no tenía sentido conforme a las normas legales que regula las restituciones mutuas que en caso de declararse la nulidad o ineficacia de un acto jurídico, la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta igualmente deba devolver las sumas que invirtió, ya que esa administradora dispuso mantener ese bien o cuidado de esa cuenta de ahorro individual con el fin incrementarlo, cumpliendo así los mandatos legales que está obligada a acatar, siendo claro que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron de haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo que es el manejo de fondos y de cuentas individuales y trasladar los rubros de manera indexada generaría una doble actualización de la cuenta de ahorro individual, por cuanto el fin de los rendimientos ya trasladados en su momento a Colfondos es asegurar que en el paso del tiempo, los aportes consignados no pierdan su valor en el transcurso del tiempo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora CONSUELO RODRÍGUEZ, se circunscribe a dejar sin efectos la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 11 de julio de 1996, como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

se verifica de copia del mismo aportado por la demandada en mención y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que realizara la demandante a la AFP Colfondos S.A., el 10 de marzo de 2009, y hacía Protección S.A., el 25 de abril de 2017, de conformidad con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP Colfondos.

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

Así las cosas 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, contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Consuelo Rodríguez, 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 la demandada Horizonte hoy Porvenir S.A., AFP 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 lo desfavorable, por lo que dicha afiliación no se puede considerar libre y voluntaria como lo manifiesta la AFP en mención en etapa de 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 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 la AFP en mención, 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 dicha documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la actora, 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 si bien como lo manifiestan las recurrentes, la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

correspondía en el acto del traslado brindarle a ella como afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, 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 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.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en recurso y alegaciones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por otra lado y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., manifestado en recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración y las primas de seguro previsional, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado de manera **indexada**, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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 artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100242-01 Dte: CONSUELO RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

**PROCESO ORDINARIO No. 32-2018-736-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GONZALO BULLA
DEMANDADO: SOCIEDAD COMERCIALIZADORA
INTERNACIONAL DE FLORES COLON LTDA**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

El señor GONZALO BULLA, mediante apoderado instauró demanda ordinaria laboral en contra de **SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DE FLORES COLON LTDA** para que se declarará la existencia de un contrato, reclamando en consecuencia prestaciones, vacaciones, indemnizaciones, aportes. (Expediente Digital).

Mediante providencia del 30 de septiembre de 2021, proferida por este Tribunal, se revocó la providencia de 27 de enero de 2021, que había do por terminado el proceso y se ordenó continuar con el trámite procesal referente a las pretensiones encaminadas al pago de aportes pensionales.

HECHOS

Para esta pretensión en la demanda se afirmó en el hecho sexto de la demanda que la demandada no canceló aportes en los años 1998,1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006. (Expediente Digital).

Al contestar la demanda la empresa señaló frente a este hecho que la empresa si presenta periodos de mora en aportes, pero que esto sucede dentro del marco de la Ley 550 de 1999 de restructuración empresarial, en el que el demandante es un acreedor, agregando que no hay prueba de la mora dado que solo se anexó la historia laboral de donde solo desprenden inconsistencias en el total de semanas. (Expediente Digitalizado).

Adelantado el proceso el Juez resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR que entre el demandante **GONZALO BULLA** y la demandada **SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DE FLORES COLON LTDA.** existió un contrato de trabajo entre el 21 de septiembre de 1998 y el 16 de agosto del año 2018.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a favor del demandante, a través de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, por los siguientes periodos: del 21 de septiembre al 31 de octubre de 1998, del 01 de abril al 31 de agosto de 2001, del 01 de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2006 y del 1 de marzo de 2014 al 30 de noviembre de 2015, teniendo como salario el equivalente al mínimo legal mensual vigente de la respectiva anualidad.

CUARTO.- CONDENAR en costas a la demandada y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smmv.”

Fundamentó su decisión señalando, en síntesis

“...El señor Gonzalo Bulla a través de apoderado judicial interpone demanda laboral en contra de la sociedad comercializadora internacional de Flores Colón Ltda., solicitando se declare la existencia de un contrato de trabajo entre él y la demandada desde el 21/09/1998 al 16/08/2018; en virtud de que parte de las pretensiones de la demanda ya fueron conciliadas, el despacho solo hará referencia a las pretensiones que están pendientes por resolver y en esa medida solicitó la parte demandante que se condene a la demandada liquidar y reconocer los intereses mensuales por el no pago de aportes pensionales consagrados en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, adeudados desde los años 1998 hasta el año 2006 y, en consecuencia, al pago de los respectivos aportes, sustentando sus pretensiones el demandante señalando que inició su relación laboral con la demanda mediante contrato a término indefinido el 21/09/1998, que el 16/08/2018 fue informado por parte del profesional del área de talento humano que la empresa, no requería más sus servicios personales, que presentó solicitud o solicitó la cancelación de las acreencias adeudadas, entre ellas los aportes pensionales adeudados recibiendo negativas por parte del área de talento humano, que hizo consultas respecto al pago de sus aportes a la seguridad social

validando que no se realizan los soportes pensionales de los años 1998 a 2006, resaltando que los descuentos de los pagos de seguridad social se debitaron de los pagos realizados por la empresa, pero estos no fueron consignados por la empresa al fondo de pensiones y que se le han vulnerado los preceptos legales y derechos laborales a que tiene derecho. En lo que respecta al trámite procesal adelantado, el Juzgado Civil del Circuito de Funza Cundinamarca, declaró la falta de competencia remitiendo el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá y una vez recibida la demanda en este despacho judicial y subsanada la misma conforme lo ordenado en su momento, se admitió mediante auto del 11/02/2019, folio 85 del archivo expediente digital notificada la demandada dentro del término del traslado, aceptando como ciertos los hechos primero y segundo de la demanda, refirió ser parcialmente cierto no haberse cancelado aportes al sistema de seguridad social en pensiones aduciendo para el efecto que se encuentra dentro del marco legal de la ley 550 de 1999, reestructuración empresarial; Colpensiones hace parte del acuerdo como acreedor y formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la excepción nominada. Como quiera que atendiendo a lo dispuesto por el Tribunal Superior, se continuó con el presente proceso únicamente respecto del pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, el problema se centra en determinar si al demandante se le adeudan aportes al sistema de pensiones por el tiempo laborado a favor de la empresa demandada; en lo que respecta a la vigencia laboral entre el demandante y la demandada se advierte que, si bien no se allegó copia del contrato de trabajo, si se aportó documentos que dan cuenta de la existencia del vínculo laboral desde el 21/09/1998, tales como la comunicación remitida en su momento al Juez Civil del Circuito de Funza, a través de la cual se ponía a disposición de ese despacho judicial, un depósito judicial en la que se manifestó que el señor Gonzalo Bulla laboró 7166 días a favor de la demandada desde el 21/09/1998, adicionalmente a folio 147 del archivo 01, obra la liquidación final del contrato de trabajo, en la que se establece como fecha de ingreso 21 de septiembre de 1998 y fecha de retiro, 16/08/2018 y la copia de la terminación del contrato de trabajo obra a folio 147, 148, 149 del archivo 01 del expediente digital de fecha 16/08/2018; de igual manera, también se acreditó, tal como lo refiere el apoderado de la parte demandante en su escrito introductorio y también con algunos de los documentos allegados por la demandada con su contestación, que durante la vigencia de la relación laboral el demandante se le efectuaron los descuentos y aportes al sistema de seguridad social en pensiones tal y como se verifica con los desprendibles de nómina vistos desde el folio 20 hasta el folio 70 del archivo 01 y de igual manera desde el folio 150 hasta folio 155 de archivo 01. De conformidad con estos documentos se logra acreditar la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la demandada el 21 de septiembre 1998 al 16 de agosto del año 2018, en cuanto al tema del pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones con el escrito de la demanda se allegó reporte de semanas cotizadas en pensiones, emitido por Colpensiones en el cual se podía verificar en su momento el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes desde el mismo inicio de la relación laboral, únicamente observando aportes a partir del mes de septiembre del año 2001 por 2 meses y posteriormente desde noviembre de 2006 y hasta enero de 2007, por reporte de semanas cotizadas en pensiones de fecha 17/08/2018 que obra a folio 10 hasta folio 14 del expediente digital y efectivamente se acredita el incumplimiento del empleador, no solo en los periodos que refería la parte demandante en su escrito introductorio sino en otros periodos adicionales. Ahora bien, teniendo en cuenta el requerimiento efectuado por el despacho a Colpensiones archivo 21 del expediente digital, se logra verificar el pago de aportes a pensiones desde el mes de noviembre del año 1998 hasta el mes de marzo del año 2001, al igual que el pago de aportes desde el 20/11/2006 hasta la terminación del contrato de trabajo en agosto de 2018 con un intervalo pendiente, realizada la verificación del reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones de fecha 13/09/2022, se puede verificar que están pendientes por cancelar los aportes

del 21/09/1998 al 31/10/1998 en correspondencia con los alegatos presentados por el apoderado de la parte de demandada donde refiere que iniciaron el pago de los aportes desde noviembre de 1998 y reiterando que el contrato inició fue el 21/09/1998, entonces se encuentran pendientes repito del 21 de septiembre al 31 de octubre de 1998; de igual manera se observa que están pendientes los pagos de los aportes del primero de abril al 31 de agosto del año 2001, del 01 de noviembre, del año 2001 al 31 de octubre del año 2006 y del 01 de marzo del año 2014 al 30 de noviembre del año 2015. La parte demandada refirió en su escrito de contestación de la demanda, encontrarse inmersa en el proceso de organización de la ley 550 de 1999, a lo que el despacho advierte que cuando una empresa inicia o ingresa a este proceso de reorganización, significa que, las deudas anteriores quedan sujetas al respectivo acuerdo que se realice entre la empresa y sus acreedores, pero ello no implica que deje de cancelar las obligaciones que se van generando en la operación día a día, entonces, más allá de que la empresa hubiese ingresado en proceso de reorganización y sin perjuicio del pago que se hiciera de los aportes que se estuvieran adeudando al momento de ingresar en el proceso de reorganización, la empresa si estaba en la obligación de cancelar, por lo menos de ahí en adelante, los gastos de su operación entre ellos, los aportes a la seguridad social, lo que implica en ultimas que la empresa, más allá del proceso de organización, ha estado incumpliendo con sus obligaciones como empleador. Aunado a la anterior, también se ha hecho mención a la necesidad de vincular a Colpensiones al trámite del proceso y se ha puesto de presente la obligación establecida a las administradoras de pensiones, de adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora de los empleadores según el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, al respecto el despacho debe señalar que más allá de las obligaciones a cargo las administradoras de pensiones existe una obligación a cargo de los empleadores y es cancelar oportunamente los aportes al sistema de seguridad social y no se considera que para los efectos de este proceso sea necesario vincular a Colpensiones y sin perjuicio de las consecuencias que puedan acarrear para Colpensiones el no adelantar las acciones a su cargo, inclusive también vale la pena mencionar que en la contestación de la demanda se hace mención a que Colpensiones ya se había hecho parte dentro del proceso de reorganización, lo que implica que si se han adelantado acciones de cobro por parte de esta administradora más allá que no hayan sido efectivas; en lo que respecta a la prueba sobrevenida que allegó la parte demandada el despacho advierte que de dichos documentos en el aparte de deuda real únicamente se observan los años 95, 96 y 97 cuando las obligaciones a favor del señor Bulla son del año 1998 en adelante y en lo que respecta al total deuda e inconsistencias, si bien se verifica que hay una casilla que se denomina deuda real y otra deuda presunta lo que eventualmente se observa que es necesario un proceso de depuración y se relaciona un número considerable de afiliados, lo cierto es que como lo refirió el apoderado del demandante en sus alegaciones en lo que respecta a este proceso judicial, se está adelantando desde el año 2018 y más allá de ese documento que se aporta el día de hoy del cual se desconoce su fecha de elaboración, lo cierto es que la demandada no acredita de manera fehaciente las gestiones que ha adelantado para sanear la deuda pensional en favor del demandante. Por las razones expuestas el despacho emite condena en contra de la demandada por los periodos ya referidos tomándose como salario el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente de cada anualidad.....”

Excepciones

El despacho las declara no probadas conforme las consideraciones ya expuestas agregando que se formuló entre otras la excepción de compensación, no se acredita en este proceso que el demandante tenga alguna deuda en favor de la demandada que deba ser compensada, en cuanto a la excepción de enriquecimiento sin justa causa, dicha excepción esta llamada a no prosperar toda vez que los aportes al sistema de seguridad social por parte de los empleadores son una obligación y en

ninguna medida ello se significa un enriquecimiento en favor del señor Gonzalo Bulla....”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandada interpone recurso así:

“Lo fundamento de la siguiente manera; en cuanto al numeral 3 en lo que tiene que ver en la responsabilidad de realizar los pagos de aportes con destino a Colpensiones en el sentido que para poder realizar dicha gestión, dicho proceso y basados en las pruebas que se allegaron dentro del proceso se evidencia primero **que es necesario la presencia de Colpensiones de una u otra manera dentro del referido proceso como se alegó, como se ha venido argumentando en el sentido que es esta la acreedora de los aportes, es esta, la entidad que tendrá que emitir la liquidación para proceder al pago, es decir esta es la entidad que tendrá que decirnos el valor a pagar y la forma en que lo tenemos que realizar toda vez y como lo establece el artículo 24 y como también lo manifestó su señoría dentro del sentido de la sentencia, Colpensiones tiene la facultad y por medio de la firma Serlefin ha venido realizando dicho proceso pero desafortunadamente no es una entidad que sea ágil y que permita realizar estas gestiones lo más pronto posible.**

En ese sentido, con fundamento en el artículo 24, como lo he venido recalcando solicito que se modifique, aclarando que es necesaria la vinculación de la Administradora Colombiana de Pensiones para ejercer sus acciones, que emita el valor real a pagar que proceda con lo de ley dentro de sus facultades legales. Efectivamente, la empresa durante toda la relación laboral tenía una responsabilidad de pago, eso lo establece el artículo 22, desafortunadamente a la fecha de hoy, durante sus periodos anteriores, hubo omisiones las cuales como vengo indicando, Colpensiones tenía una responsabilidad en ese sentido, al día de hoy, eliminando todo lo anterior, Colpensiones tiene también la responsabilidad de ejercer ese cobro, porque es el acreedor y es el que va a tener que responderle al hoy demandante el señor Gonzalo Bulla por su pensión, por ende, es una entidad que es necesario proceda a presentar los valores, a ejercer su responsabilidad dentro del referido proceso, atendiendo específicamente lo que tiene que ver con las semanas de don Gonzalo....”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de conformidad con el artículo 66 A del C P del T y de la S S advirtiéndole desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

En primer lugar, resulta, por decir lo menos, extraño y carente de fundamento jurídico alguno que, en este momento procesal, es decir en el recurso en contra de la sentencia de primera instancia; la demandada, pretenda vincular a parte alguna, no solo porque así no lo consagra la Ley, sino porque es absolutamente improcedente, toda vez que lo pretendido, esto es el pago de aportes para pensión es responsabilidad única y exclusiva del empleador y trabajador cada uno en su porcentaje, asunto bien diferente a que Colpensiones, tenga la obligación de cobrar esos aportes o que se acreedor de ellos, como se afirma en el recurso.

De manera que se equivoca el recurrente cuando indica que era necesaria la presencia de Colpensiones para definir las obligaciones que solo la demandada tiene a su cargo,

pues el tema del cobro, o que haya demoras en los tramites y otros mencionados en el argumento, son absolutamente irrelevantes para definir si la sentencia se encuentra ajustada a derecho; que lo está, pues como el mismo recurrente reconoce en el recurso, siendo además aceptado desde la contestación de la demanda, la demandada incumplió con los pagos de seguridad social, a los que se itera estaba obligado, siendo claro tal y como señaló el Juez, que a la fecha de la sentencia nada ha hecho para sanear sus omisión e incumplimiento a la Ley-

No sobra recordar que la C S J, ha definido en varios pronunciamientos, la obligación de Colpensiones o de cualquier otro fondo; _ como en los eventos en que se declara la existencia de contrato y el demandante elige la entidad a la que van los aportes-; de recibir lo que se ordena en sentencia y de hacer los trámites administrativos del caso.

Es así como en sentencia STL11357 de 2021 de fecha 25/08/2021 la CSJ claramente expresó.

*“...En definitiva, si bien la administradora no está llamada a responder por las obligaciones pensionales cuando no existe afiliación del trabajador, **sí se encuentra en la obligación legal de (i) fijar el cálculo actuarial, (ii) recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga, y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la respectiva prestación, para lo cual se deberá considerar el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador.***

Por último, se puntualiza que, en la controversia objeto del amparo, parece confundir la administradora dos escenarios completamente diferentes, como lo son, por un lado, la realización del cálculo actuarial y, por el otro, el reconocimiento de la prestación que surja por el pago de los aportes tardíos, oportunidad esta última en la que deberá estudiarse si hay lugar a la reliquidación de la indemnización sustitutiva o a la pensión de vejez y, eventualmente, si las mismas resultan compatibles con la indemnización reconocida en febrero de 2017, mas no en este momento, como lo entiende Colpensiones, pues en esta etapa surge indubitable que le asiste la obligación de proceder al cálculo.

Así las cosas, la postergación indefinida y caprichosa por parte de Colpensiones de no realizar el cálculo actuarial, para que el empleador cumpla con el acuerdo de conciliación celebrado el 25 de septiembre de 2018, avalado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, y, con ello, proceda al pago de aportes a pensión a favor del aquí tutelante, vulnera su derecho fundamental a la seguridad social, de suerte que devenía viable la concesión del amparo...”

De manera que el argumento del recurso, lejos está de quebrar la sentencia apelada, se itera, es ahí donde además se reconoce la obligación incumplida y pretender desconocerla bajo el argumento, improcedente además de la comparecencia obligada

de Colpensiones, resulta como se dijo al inicio de la sentencia, carente de apoyo jurídico alguno.

Por lo anterior se CONFIRMA la sentencia sin más razones por innecesarias.

Costas a cargo de la parte que recurre.

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, en su integridad, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte que recurre.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
MAGISTRADO

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costa la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de la demandada, de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del C G P.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2021-260-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS DANIEL MORENO SALCEDO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 15 de febrero de 2023 proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor LUIS DANIEL MORENO SALCEDO, por intermedio de apoderado, 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, como consecuencia de tal declaración, peticiona se condene a la demandada a reconocer a su favor pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990 desde la data en que alcanzó 60 años de edad, junto con retroactivo, reajustes legales e intereses moratorios o indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de mayo de 1960, contando con 61 años a la fecha de presentación de demandada, que desde 1975 y hasta 2017 ha laborado para las sociedades Supermercados Marion y Bavaria S.A., las que siempre han aportado a su nombre para los riesgos de IVM al ISS hoy Colpensiones, que a 1 de abril de 1994 contaba con 15 años de servicios prestados, por lo que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se hizo beneficiario del régimen de transición, que a la entrada en vigencia del AL 01 de 2005, contaba con 1372 semanas cotizadas.

Indica que por el tiempo de servicios prestados y por cumplir con los requisitos del régimen de transición, goza de un derecho adquirido, que alcanzó los 60 años de edad el 27 de mayo de 2020 y en la actualidad como lo refleja su historia laboral, ha cotizado 1983,86 semanas, que el 9 de diciembre de 2020, solicitó a la demandada reconocimiento pensional bajo los parámetros del régimen de transición, el que le fue negado en Resolución SUB 217957, siendo esta decisión confirmada, luego de la interposición de los recursos de Ley.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 4, 6, 8 a 13, manifestó no constarle el No. 3 y negó los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO. DECLARAR que el señor **LUIS DANIEL MORENO SALCEDO**, identificado con cédula de ciudadanía 19.395.216, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, aplicándole una tasa de reemplazo del **SETENTA Y NUEVE PUNTO NUEVE POR CIENTO (79.9%)**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión a favor del demandante **LUIS DANIEL MORENO SALCEDO**, a partir del 27 de mayo de 2022, y hasta que se efectúe el pago de las diferencias, calculándose hasta el mes de enero de 2023, con una tasa de reemplazo equivalente al **SETENTA Y NUEVE PUNTO NUEVE POR CIENTO (79.9%)**, con un valor de la mesada pensional, para el año 2022, de **OCHO MILLONES NOVENTA Y TRES MIL VEINTICINCO PESOS (\$8'093.025)**, y para 2023 de **NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS (\$9'154.830)**, lo cual arroja un retroactivo pensional de **CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL UN PESOS (\$4'245.001)**,

autorizándose a **COLPENSIONES** a efectuar los descuentos a aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, equivalentes al **DOCE PUNTO CINCO POR CIENTO (12.5%)**, arrojando una suma de **QUINIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$530.622)**, señalándose como retroactivo pensional a favor del demandante la suma de **TRES MILLONES SETECIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$3'714.379)**, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. ABSOLVER a la demandada **COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que ante la afirmación del demandante de ser beneficiario del régimen de transición, se procedió a verificar su historia laboral, la cual se encontraba actualizada al 25 de junio de 2020, encontrándose que este registraba cotizaciones desde diciembre de 1975, habiendo cotizado un total de 1983,83 semanas, que conforme la copia de cédula de ciudadanía aportado, el actor nació el 27 de mayo de 1960, que si bien el actor a 1 de abril de 1994, contaba con 33 años de edad, lo cierto era que a la misma data había cotizado un equivalente a 808,14 semanas cotizadas, encontrándose en principio acreditada su calidad de beneficiario del régimen de transición; el que había sido limitado por las disposiciones del AL 01 de 2005, por lo que para establecer si el demandante había mantenido el régimen de transición, se debía estudiar los requisitos previstos en dicha disposición, que indicó en el parágrafo transitorio 4 que el régimen de transición, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para quienes tuvieran 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia de dicho AL, a quienes se les mantendría este hasta el año 2014.

Que conforme a la fecha de nacimiento del actor, este alcanzó 54 años de edad sólo hasta el 27 de mayo de 2014, por lo que no cumplía con el requisito de transición previsto en el AL en mención, pues si bien alcanzó el requisito de densidad de semanas de la norma que invocaba aplicable al año 2014, ello no ocurrió con el requisito de edad, pues a dicha data, no contaba con la edad de 60 años, no conservando el régimen de transición del que era beneficiario y el que expiró para el año 2014 y contrario a lo indicado por la parte demandante, este no tenía un derecho adquirido pues no alcanzó los dos requisitos de tiempo de cotización y edad antes de la fecha de expiración definitiva del régimen de transición.

Que durante el trámite procesal, la pasiva había reconocido pensión de vejez al demandante, aplicando para el efecto las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y al observar dicho acto administrativo con fundamento en las facultades ultra y extra petita, procedió a verificar si la prestación se había liquidado en debida forma, esto es,

conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta la densidad de semanas acreditadas por el demandante, 683,83 de ellas, correspondían a semanas adicionales, debiéndose calcular sobre 650 semanas como quiera que la norma no contemplaba un cálculo proporcional sino por cada 50 semanas; así, efectuadas las operaciones aritméticas, el IBL del actor correspondía a \$10.124.148, correspondiéndole una tasa de reemplazo de 79,9%; así, se evidenciaba que había lugar a disponer una reliquidación de la mesada pensional del actor al demostrarse que le correspondía un mayor valor en la tasa de reemplazo frente al indicado por Colpensiones en resolución de reconocimiento pensional.

Indicó que no había lugar a declarar prescripción, por cuanto la resolución de reconocimiento pensional había sido expedida en el año 2022 y la demanda fue presentada en esa misma anualidad y previo a la expedición del acto administrativo, correspondiendo como primera pesada pensional para dicha anualidad la suma de \$8.093.025, calculó el valor de retroactivo pensional e indicó que sobre este se autorizaba a la demandada a efectuar los descuentos de salud.

Negó la pretensión tendiente al pago de intereses moratorios al no verificarse mora en el reconocimiento pensional del actor, debiéndose ordenar la indexación de las sumas reconocidas.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte demandada que lo que se había debatido en el proceso era la calidad de beneficiario del régimen de transición del actor, demostrándose que no gozaba de tal beneficio actualmente y frente a la liquidación efectuada por el despacho, se indica que la mesada correspondiente es mayor a la señalada por Colpensiones; que frente a ello, esa entidad no pudo debatir la liquidación efectuada, ya que no se elevó ninguna reclamación administrativa tendiente a una reliquidación pensional y por ello, no se discutió en el proceso, dicha reliquidación no pudo ser debatida por la entidad y el señor Luis podía recurrir el acto administrativo de reconocimiento pensional y no lo hizo, por ello, no se agotó la vía gubernativa frente a la reliquidación objeto de condena.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación, se tiene que, como se refirió en los antecedentes de este pronunciamiento, en escrito de demanda se solicitó

la declaratoria del actor como beneficiario del régimen de transición y como consecuencia el reconocimiento a su favor de la pensión de vejez prevista en el Decreto 759 de 1990.

Frente a lo anterior, no ofreció reproche que el señor Luis Daniel Moreno conforme documental contentiva de copia de documento de identificación, **nació el 27 de mayo de 1960**, por lo que al 1° de abril de 1994 si bien no alcanzaba los 40 años de edad, de la simple lectura de su historia laboral, se infiere que contaba con un tiempo de servicios prestados superior a 15 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 señala que los requisitos para adquirir pensión bajo dicha normatividad, en lo que respecta a los 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 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, lo que ocurrió para el caso del actor pues a la data en mención acreditaba haber superado con creces dicha densidad de semanas, siendo claro que **conservó el régimen de transición** de que era beneficiario y por ello hasta el **31 de diciembre de 2014**, podía acreditar los requisitos de **edad** y tiempo de cotización previstos en el Acuerdo 049 de 1990.

Frente a lo anterior, de historia laboral expedida por la demandada, se concluye que antes del 31 de diciembre de 2014, superó las 1000 semanas cotizadas, no ocurriendo lo propio respecto de la edad, pues el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como se dijo, exigía en el caso de los hombres el cumplimiento de **60 años de edad**, los que conforme a la fecha de nacimiento del señor Luis Moreno, alcanzó el **27 de mayo de 2020**, data para la cual, **ya había expirado definitivamente** el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por virtud de las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, siendo claro que

como lo concluyó la decisión de instancia, el actor no podía beneficiarse de las prerrogativas pensionales consagradas en régimen pensional anterior al de la precitada Ley 100 de 1993.

Ahora y en cuanto a la reliquidación pensional objeto de condena y que reprocha la demandada, se observa que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha desarrollado los límites de las facultades **ultra y extra petita** de las que hizo uso la juez de instancia para estudiar la reliquidación pensional en comento, en sentencia SL 2510 de 2021, MP. Fernando Castillo Cadena, reiteró:

Al punto, la Corte, en sentencia CSJ SL3850-2020, recordó la providencia CSJ SL2808-2018, respecto a las facultades extra y ultra petita establecidas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la de Seguridad Social, en la que se explicó:

[...] El artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que: «el juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

Así, la facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor. (Negrilla fuera del texto original)

Y en sentencia SL 3980 de 2021, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, la Corte señaló que, en uso de las facultades en comento, no era dable modificar el *petitum de la demanda*, pues ello afectaría el principio de congruencia, en los siguientes términos se refirió:

*Ahora, si bien es cierto que en materia laboral, se permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas distintas a las pedidas, haciendo uso de las facultades extra y ultra petita que consagra el artículo 50 del CPTSS, **cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados, ello no implica que por el hecho de que el objetivo principal del proceso hubiese sido el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, era suficiente para que el Tribunal pudiera válidamente entrar a modificar el petitum de la demanda inicial y fallar por fuera de lo pedido inobservando el principio de congruencia** al que se ha hecho mención en párrafos precedentes. (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme a los criterios jurisprudenciales en cita, para la sala es evidente que en esta oportunidad, no se encontraban reunidos los presupuestos para haber hecho uso de las facultades bajo estudio, como quiera que en el

escrito de demanda, se torna claro el querer de la parte demandante **en cuanto a que lo pretendido, únicamente era reconocer la calidad alegada de beneficiario de régimen de transición y el reconocimiento pensional bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, junto con derechos accesorios como mesadas adicionales e intereses moratorios**, por lo que es claro que la reliquidación a la que hizo alusión la juez de primer grado, vulnera el principio de congruencia, pues ninguna pretensión referente a una reliquidación pensional se elevó por la parte demandante, ni fue reformada la demanda en ese aspecto.

Y ello es así por cuanto una vez trabada la Litis, fue que la demandada allegó mediante correo electrónico remitido al despacho judicial de conocimiento de la acción, el 8 de septiembre de 2022, acto administrativo SUB 169599, mediante la cual efectuó reconocimiento pensional al actor con fundamento en lo previsto en la Ley 797 de 2003; tornando dicha circunstancia aún más improcedente la condena emitida en los términos señalados en la instancia, ya que la reliquidación pensional, **nunca fue un hecho discutido** durante el debate procesal, tan es así que como se indica, luego de trabada la Litis fue que se aportó la resolución de reconocimiento pensional al demandante y con fundamento en la cual se dispuso la reliquidación ya que antes de tal actuación, **no se podía discutir reliquidación pensional alguna**, al no existir una prestación de tal naturaleza reconocida al actor y que habilitara para referirse a una reliquidación pensional.

Es así como le asiste razón a la demandada, evidenciándose conforme lo señalado en precedencia, que la reliquidación a que se condenó, **no era un hecho probado ni discutido** desde el inicio del trámite procesal, razón suficiente para concluir que no se configuraban en este asunto los presupuestos para el uso de las facultades ultra y extra petita a que hizo alusión la juez de primer grado; razón por la cual se dispondrá **REVOCAR** la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de la reliquidación pensional a que fuera condenada.

Sin costas en la alzada, las de primera a cargo de la parte demandante, al no haber salido avante el reconocimiento pensional con fundamento en el régimen de transición.

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 apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de la reliquidación pensional a que fuera condenada, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada, las de primera a cargo de la parte demandante.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-776-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: FRANK GIOVANNI OTAVO PINTO

DEMANDADO: MEGALINEA SA

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

EL señor **FRANK GIOVANNI OTONIEL OTAVO PINTO**, instauró demanda en contra de **MEGALINEA SA** para que a través de un proceso ordinario laboral se le condene a reintegrar al demandante a un cargo de igual o mejor categoría y en consecuencia al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir entre el despido y el reintegro, aportes, reliquidación y costas. (Expediente Digitalizado).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que ingresó a la empresa el 1 de febrero de 2014 mediante contrato a término indefinido, que el 22 de septiembre de 2016, fue citado a descargos por el ingreso indebido a la empresa, que el 3 de octubre de 2016 recibió comunicación de terminación del contrato con justa causa, 23 días después de los hechos lo no se adecua al principio de inmediatez, que no despidieron a la persona con la que ingresó lo que viola la igualdad, que tuvo variación de salarios , por comisiones devengadas, siendo liquidado con el salario mínimo, que intentó conciliación ante el Ministerio de Trabajo y la demandada no demostró animo conciliatorio. (Expediente Digitalizado).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, afirmando que la decisión de terminar el contrato fue del demandante en forma libre y

espontánea, exenta de cualquier vicio. Aceptó los hechos y negó los demás hechos manifestando que efectivamente el 22 de septiembre de 2016 el actor fue escuchado en descargos por hechos ocurridos el 10 de septiembre de ese año, dado que ingresó a la compañía fuera de horario y sin autorización; agregando que el 3 de octubre pese a que la empresa no había culminado la investigación el actor decidió de manera libre y voluntaria renunciar, renuncia aceptada el 4 de octubre de 2016.

Propuso las excepciones de validez de la renuncia, improcedencia del reintegro, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y causa en las pretensiones, ausencia de la obligación en la demandada, pago total, prescripción, (Expediente Digitalizado).

ALEGACIONES

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

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés, (2023), por la que resolvió ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y DECLARAR probada las excepciones de VALIDEZ DE LA RENUNCIA e INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, condenando en costas de instancia a la parte actora.

Para llegar a esa conclusión afirmó la Juez: "... En primer lugar, se advierte que entre las partes no hay controversia, que existió contrato de trabajo, la existencia del contrato de trabajo y la duración del mismo, que tuvo lugar entre el 01/02/2014 hasta el 03/10/2016. Ahora bien, en el presente asunto se pretende el reintegro del demandante al referir, por un lado, que fue despedido sin justa causa mediante comunicación suscrita por su empleador el día 03/10/2016, por hechos ocurridos el día 10 de septiembre del mismo año, siendo el único trabajador que fue desvinculado y por otro en la misma fecha de la misiva fue presionado por sus superiores para renunciar. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral ha reiterado, entre otras en sentencia SL 491 del año 2022, que la parte que finaliza unilateralmente la relación laboral debe manifestar en momento de la extinción la causal en qué se fundamenta la decisión sin que posteriormente pueda alegarse una distinta; en alcance con el criterio jurisprudencial atrás referido, en este caso se enfrentan 2 circunstancias; la primera: la que rodeó la comunicación del 03/10/2016, suscrita por la gerente de gestión del talento humano de la demandada Megalínea S.A., documento que reposa en los folios 15 y 16 del expediente y la segunda: que obedece a la renuncia al cargo presentado por el señor David Otavo Pinto el mismo día mes y año, de la lectura de la primera se observa que los motivos que tuvo la demandada se circunscriben a lo ocurrido el día 10 de septiembre del año 2016, relacionados con un ingreso irregular del promotor de las instalaciones de FMV con una tarjeta de acceso de una de sus compañeras de trabajo, conducta que para la empresa estaba en contra de lo establecido en el Reglamento interno de trabajo, al no atender las órdenes, pautas y procedimientos y vulnerando la política de seguridad de

Megalínea S.A., que por lo anterior las que fue llamado a rendir descargos el día 22/09/2016, oportunidad en la que el trabajador aceptó que había ingresado a las instalaciones de FMV sin autorización y con el uso de una tarjeta de acceso distinta a la suya; presupuestos que el empleador consideró suficientes para terminar contrato de trabajo con el aquí demandante y qué típico en los numerales 2, 4 y 6 del literal A del artículo 62 del CST que fuera modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965. En este punto vale aclarar que el despido no necesariamente debe estar precedido de un proceso disciplinario que, dicho sea de paso sobre el alcance de la sentencia C 593 de 2014 de la Corte Constitucional, lo allí debatido se relaciona con la facultad disciplinaria del empleador, es decir, cuando se trata de imponer una sanción más no del despido que de manera unilateral efectuó el empleador sin perjuicio del criterio reiterado por nuestra Sala de Casación laboral, se relaciona para el efecto la sentencia SL 444 del año 2022, en el sentido de indicar que, si el empleador ha previsto un procedimiento para despedir y no se le da cumplimiento a éste, se vulneran los derechos al debido proceso y defensa del trabajador; sin embargo, la misma corporación ha expresado que para garantizar los derechos basta con dar la oportunidad de dar su versión sobre los hechos y hacerle saber las razones constitutivas de la justa causa en la carta de retiro, sumado a lo anterior, la Corte pronunció el 10/02/2021 sentencia SL 496 de 2021, recordó los requisitos para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa que obedecen a lo siguiente: Primero; comunicación al trabajador en la que se individualicen los motivos o razones por las que se da por terminado. Segundo; la inmediatez de la decisión. Tercero; configuración de alguna de las justas causas señaladas en el CST. Cuarto; si es el caso agotar el procedimiento previo al despido incorporada en la Convención, en el Reglamento interno de trabajo o en el contrato individual y quinto, la oportunidad del trabajador de rendir descargos, dada la versión de su caso de manera previa al despido. En todo caso, aunque en este proceso el empleador cumplió con los requisitos para un despido sin justa causa, puesto que existe la comunicación que data del 03 de octubre de 2016, hubo inmediatez en la decisión, puesto que los hechos constitutivos tuvieron lugar el día 22 días antes de la finalización escrita por la empresa, tiempo que resulta razonable si se tiene en cuenta que en este lapso el trabajador pudo dar su versión del caso con los descargos que rindió, lo que al mismo tiempo permite colegir el cumplimiento de las demás exigencias relacionadas con la garantía del debido proceso y el ejercicio de derecho de defensa del aquí demandante; no obstante, cuando la configuración de alguna de las justas causas señaladas en el CST, se advierte que al plenario de la demanda, no se allegó el Reglamento interno de trabajo para así tipificar la conducta cometida por el señor Otavo Pinto como grave, esto en concordancia con lo expuesto en la misiva, que data del 03/10/2016, con lo establecido en el numeral 6 del literal A del artículo 62 del CST con la correspondiente modificación para así poder demostrar como grave la falta cometida; sin embargo la encartada no estaba obligada a ello ya que se bien en principio estas serían las circunstancias que rodearon la desvinculación del trabajador, lo cierto es que, para el despacho, la renuncia presentada por la demandante resulta válida y con una importancia frente a la decisión que el empleador allí podido adoptar con justa causa. La conclusión a la que arriba el despacho deviene en la formación del convencimiento y conforme al principio de la sana crítica en el que el juez debe fundar su decisión con aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad que le permitan hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, sentencia SL 4655 del año 2021, criterio que se encuentra en armonía con las disposiciones del artículo 61 del CPTSS sobre la libre formación del convencimiento; **luego es claro que la desvinculación del actor tuvo lugar por renuncia de éste, tal como lo expresó en su carta obrante a folio 17 del plenario y 52 de la contestación de demanda al expresar su intención de manera voluntaria, que a partir del 03/10/2016, al tiempo que solicitó que el acta de la diligencia de Descargos del 22 de septiembre de ese anualidad, no se incorporará o no hiciera parte de su hoja de vida, esperando que con su renuncia se solucionara cualquier impase o mal entendido en procura de dejar las puertas abiertas en esa empresa. Lo consignado en el acta de renuncia por parte del trabajador llama la atención como quiera que sin mayor esfuerzo es posible concluir primero; la aceptación del demandante de los hechos**

constitutivos de una falta bien sea grave o no y segundo; que a pesar que en el hecho quinto de la demanda se señala que fue presionada por sus superiores para que presentara la renuncia, de todas maneras, no se logra probar que haya sido coaccionada para suscribir la misma dentro de este proceso y por consiguiente, al estar escindidas en la renuncia, en las razones que expresó el empleador en la carta de terminación de contrato con justa causa es por lo que dicha situaciones se constituyen en elementos de juicio que permiten inferir el vínculo laboral feneció por voluntad del mismo trabajador, a pesar de trámite previo disciplinario y de la decisión de terminación que en última la empresa pudo haberse abstenido de tomar; también; nótese la clara voluntad del actor en la suscripción de la renuncia al afirmar al ccontestar el interrogatorio de parte que lo hizo al considerar que era mejor eso a esperar que la empresa terminara el contrato, es decir, que la renuncia precedió a la carta determinación elaborada por la empresa si se tiene en cuenta el dicho de demandante al agregar que la comunicación primero le fue enviada a su jefe y que, como tenía varios Jefes, esto le sugirieron que era preferible que renunciara a que de lo contrario se afectaría su hoja de vida y su nombre en el sector financiero y que por ello fue que la presentó, es decir, que en última la comunicación de terminación por parte de la demandada no alcanzó a ser notificada en debida forma al trabajador por lo que prevalece en el tiempo, la renuncia presentada por el señor Otavo pinto. Lo anterior se corrobora con lo manifestado por el testigo de la convocada el señor Luis Daniel Vargas en el sentido de indicar que el promotor renunció pese al trámite disciplinario que se encontraba en curso, en contraste con lo referido por la señora Diana Pérez, quien, en abierta contradicción con el demandante, manifestó que la empresa citó a descargos al señor Otavo Pinto, porque acompañó a la testigo a laborar un día sábado sin que refiriera a otro particular. Conforme a lo anterior, al no quedar acreditado un despido sin justa causa se habrá de absolver a la demandada en tal sentido, sin que haya lugar a pronunciamiento alguno sobre el reintegro pretendido y al pago de salarios y prestaciones que se puedan generar de esta orden. Frente a las demás pretensiones que se solicitan en la demanda se hace necesario advertir que mediante auto calendado 27 de enero el año 2020 folio 121, se dispuso requerir a la parte actora a fin de que aclarara las peticiones que debían ser tramitadas como principales, iguales como subsidiarias, propósito que no fue posible en el escrito radicado el día 3 de febrero de esa anualidad, puesto que el único cambio que sufrió el acápite respectivo fue el de la sustracción de la indemnización por despido sin justa causa, retención que en todo caso no salió adelante como quedo explicado en antelación, en concordancia con lo antes advertido, se tiene que para el análisis del litigio en los términos en que se fijó aquella etapa correspondiente, entiende el despacho que lo pretendido por la parte actora tiene que ver con la reliquidación de las prestaciones sociales causadas con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo conforme al salario realmente devengado por el señor Franklin; para tales efectos, comenta la parte actora, que el salario que percibía era variable a causa del pago de bonificaciones por mera liberalidad y que según su dicho en realidad estas correspondían a comisiones por la gestión por ventas mensuales y que en ocasiones llegaban a los \$12.000.000. Al respecto, por regla general, se tiene que lo establecido en el artículo 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990, en el sentido que constituye salario, no sólo la remuneración ordinaria fija variable, sino todo lo que recibió el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio sea cualquiera la forma de nominación que se adopte, como primas sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor de trabajo suplementario de horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones. Por su parte, el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, refiere los pagos que no constituyen salario y que, en síntesis, obedece a las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como son las primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que reciben dinero o en especie, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales ni los beneficios, auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extra

legal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie tales como la alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones de servicios o de navidad; es decir, que es posible que algunos conceptos reconocidos por el empleador no constituyan salario y por tanto, no por el simple hecho que sean habituales tales beneficios de auxilios adquieren automáticamente la connotación salarial ya que el legislador previó la posibilidad que entre empleador y trabajador se acuerde que eventualmente aquellos no constituyen salario situación en la que insiste el empleador demandado frente a las peticiones de su ex trabajador, que por el contrario alega su connotación salarial; sobre el particular la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral ha expresado que al interior de los acuerdos de desalarización es necesario que con precisión o exactitud sean expresado los pagos de los que se pretende restarle incidencia salarial, es decir, que no haya lugar a interpretaciones diversas a la hora de concretar los pagos y conceptos que son o no factores de salario este criterio puede entre otras en la sentencia SL 986 del año 2021 en la que se reiteran lo dicho en la sentencia SL 4866 de 2020. Lo anterior quiere decir que los pactos o acuerdos de exclusión salarial si son posibles en la medida, que no contradigan el concepto vital del salario, puesto que no pueden ser utilizados para juzgar pagos que retribuyen directamente el servicio prestado por el trabajador; de ahí la necesidad de que tales convenios no permitan dudar si tales reconocimientos tuvieron incidencia salarial o no, so pena que se tenga como remunerativos de la labor, circunstancia que justifica que tales estipulaciones deban hacerse de manera expresa y puntual a fin de evitar lo advertido por la jurisprudencia, esto es, manifestaciones generalizadas de las que pueden surtir interpretaciones. En concordancia con lo mencionado, en el caso del demandante se allegó copia del contrato de trabajo folios 9 y 10 del expediente 30 y 31 de la respectiva contestación del cual se observa en la cláusula decimoprimera que las partes pactaron expresamente que no constituiría salario ni factor del mismo los auxilios o beneficios habituales u ocasionales existentes a los que en el futuro llegara a reconocer el empleador con mención a lo contractual actualmente o llegue a otorgar de forma unilateral tales como primas, extra legales de servicios de navidad, bonificaciones por mera liberalidad, auxilio de educación, créditos con intereses rebajados, auxilios funerarios; así mismo, se pactó que el suministro de alimentos al trabajador o su venta a bajo precio tampoco constituiría salario ni factor de este conforme a lo establecido en el artículo 15 de la ley 50 de 1990, ahora al revisar los comprobantes de pago que obran en los folios del 18 al 45 del 78 a 105 del plenario y que aportó la parte actora, los cuales únicamente corresponden al periodo comprendido entre la primera quincena de agosto hasta la terminación del vínculo laboral en los que se observa que el trabajador le fue reconocida bonificación por mera liberalidad para las siguientes vigencias: segunda quincena de agosto de 2016, por valor de \$4.525.452, segunda quincena de Julio de 2016, por valor de \$11.820.000, segunda quincena de junio de 2016, por valor de \$404.578, primera quincena de junio de 2016 \$53.555, primera quincena del mes de abril del año 2016, en la suma de \$12.000.000, segunda quincena de marzo de 2016 \$669.288, segunda quincena de febrero del año 2016, \$5.302.009, primera quincena de febrero de 2016 \$9.812.301 pesos, segunda quincena de diciembre de 2015, \$3.069.392, primera quincena de diciembre de 2015, \$8.541.274, segunda quincena de noviembre de 2015 \$7.134.041y segunda quincena de octubre de 2015 por \$15.160. Por consiguiente, considera el despacho que en el presente caso no se dan los presupuestos para que las anteriores bonificaciones recibidas por mera liberalidad, sean parte del salario del trabajador para que así sea procedente la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones pagadas al demandante, como quiera que las bonificaciones por mera liberalidad, hicieron parte del pacto exclusivo salarial en la cláusula decimoprimera del contrato de trabajo, al permitirlo así el artículo 128 del CST, a pesar que estos hayan tenido un periodo de habitualidad que se observa por lo menos entre los meses de octubre a diciembre de 2015 y de febrero a marzo y junio a agosto de 2016, y en todo caso se reitera que ante la estipulación de las partes, no es posible concluir la regla general contenida en el artículo 127 del estatuto en mención para que las bonificaciones por mera liberalidad, sean tenidas como salario y en segunda medida, aún en el evento, en que las partes no hayan acordado la discusión salarial en todo caso, no debe perderse de vista que la duración de vínculo laboral tuvo lugar

entre el 01/02/2014 al 03/10/2016, es decir, la bonificación por mera liberalidad tampoco podrían tener el carácter de habitual, pues lo cierto es que solo se hicieron para algunos periodos en cuantías distintas, ppor ende, su connotación era temporal y ocasional inferencia que no resulta caprichosa si se tiene en cuenta lo consignado en el hecho séptimo de la demanda, en el que se afirma que tales bonificaciones correspondían a comisiones por ventas realizadas en el mes, situación que llama la atención ya que al proceso se aportó constancia de ello, solo para algunos meses, lo cual ante la falta de otros medios probatorios, la duda razonable se resolvió a favor de la desalarización pactada entre la demandante y la convocada por dicho concepto. Al respecto, el testigo de la convocada, el señor Luis Daniel Vargas, agregó que con el demandante se pactó una bonificación por mera liberalidad, la cual no estaba sujeta a una periodicidad para su pago, ni al cumplimiento de metas, en contraste con el dicho de la testigo de la parte actora, quien refirió desconocer la forma de pago del salario del demandante. Así las cosas, no hay lugar a imponer condena por la reliquidación de las prestaciones y aportes pensionales y de salud pagados al actor al no emerger elementos de juicio que permitan inferir que las bonificaciones recibidas por el demandante por mera liberalidad, eran constitutivas de salario, en consecuencia, tampoco resulta procedente la sanción contenida en el artículo 65 del CST, ante la inexistencia fundamento que permita su aplicación. **Las Excepciones.** Teniendo en cuenta las consideraciones dadas a lo largo de esta sentencia se deberá declarar probado el medio exceptivo propuesto por el extremo demandado, que denominó validez de la renuncia e inexistencia de las obligaciones pretendidas sin que sea necesario emitir pronunciamiento adicional respecto de los demás medios de defensa propuesto por el extremo demandado conforme establece el artículo 282 del Código General del Proceso...”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso así: “Inmediatez: como su nombre lo indica, pues pasaron aproximadamente 20 días entre el momento de los hechos y el despido del señor Otavo Pinto; ahora bien, se dice la falta grave que se alega ahí, pues realmente nunca estuvo sustentada en el Reglamento interno de trabajo, el cual obviamente se requiere para poder hacerle saber al empleado que fue una falta grave, tan es así que el empleador nunca aportó ese reglamento interno de trabajo. En cuanto a la renuncia, su señoría es más allá de lo que está plasmado en ese documento que ya se llama renuncia, **pues su Señoría ahí se evidencia que sí, efectivamente fue coaccionado tan es así que él dice, por favor listo yo accedo a renunciar como usted lo está pidiendo, señor, pero no me perjudique la hoja de vida, eso es malo, lo puso en ese documento.** Ahora bien, en cuanto la habitualidad doctora, su señoría, con todo respeto, sí hubo esa habitualidad desafortunadamente y para esa fecha la empresa no daba soportes de esas bonificaciones que no fueron esporádicas, lo que se aportó al expediente fueron muy pocas, pero sí había habitualidad en estos pagos. Sexto doctora; la Ley 1393 del 2010, en el artículo 30, reza lo siguiente: sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 del 93, los pagos laborales no constitutivos de salarios de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración, **aquí se evidencia** que si superaba ese tope, en esos puntos básicos son los que esta defensa, no está de acuerdo con lo esgrimido por este honorable despacho....”

CONSIDERACIONES

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

Sea lo primero señalar frente al primer argumento, que el recurrente denomina inmediatez, -puesto que pasaron más de 20 días entre los hechos y el despido; que nunca existió tal despido o terminación unilateral con justa causa por parte del empleador, como confusamente se indica en la demanda, en donde se señala que el 3 de octubre fue despedido, **ante lo que decidió renunciar**, siendo coaccionado para ello-, que nunca se vulneró tal principio toda vez, que los hechos sucedieron el 10 de septiembre y la diligencia de descargos el 22 a escasos 10 días, - culminado sí el proceso el 3 de octubre; fecha en que según documental que aparece en el expediente el demandante decide renunciar, con base en los hechos que sucedieron en esa fecha.

Este denominado principio por el recurrente, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial de vieja data, por la CSJ, quien desde sentencias de julio 30 de 1976, ha definido que el despido debe ser consecuencia inmediata de la falta cometida, o “por lo menos, impuesta, con tanta oportunidad, **que no quede la menor duda que se está sancionando la falta que se imputa y no otra....**” , y continua la corte en esa misma providencia: “ ... **Desde luego, esa inmediatez no significa simultaneidad ni puede confundirse con una aplicación automática de la sanción , pues bien puede ocurrir –y es normal que así acontezca- que los hechos o actos constitutivos de falta requieren ser comprobados mediante una previa investigación, o que, una vez establecidos, se precise de un término prudencial para calificar la falta....**”

De manera que aun aceptando que el contrato terminó por decisión unilateral del empleador _ que no y será analizado más adelante-; este argumento de no haber respetado la inmediatez, es errado, pues no queda la menor duda que la falta que ocasionó el acta de descargos y la posible intención de finalización del vínculo fue el haber ingresado a la empresa sin autorización a la empresa el 10 de septiembre de 2016; llamado a descargos el 22 y en consecuencia escasos días para la finalización; sin que se itera; en palabras de la corte, se pueda confundir con simultaneidad, o con conteo matemático de días; toda vez que lo importante como ya se dijo es que no quede duda, sobre la falta que da lugar a la terminación, que en este caso salta a la vista.

Ahora bien, en cuanto a que fue presionado a renunciar, segundo argumento en el que acepta que renunció, pero ahora señalando que del texto del documento se “evidencia” coacción; lo primero que debe expresar la Sala es que para poder determinar vicios del consentimiento son necesarias pruebas, no inferir como el recurrente indica, no le es dable a un Juez evidenciar, debe apoyar por el contrario sus decisiones; en pruebas y no hay ni una sola de que la comunicación de fecha 3 de octubre de 2016; - es decir antes; de que si aceptamos el despido este se hiciera

efectivo;- dado que la comunicación de la empresa expresa que lo será desde el 4 de octubre- haya sido producto de coacción o vicio de consentimiento alguno.

La Sala reitera, no es posible establecer del texto de la renuncia vicio alguno, allí solo se indica que se presenta renuncia voluntaria y que respetuosamente solicita que el acta de descargos, no repose en su hoja de vida, así como también espera que con la renuncia se subsane cualquier impase, o mal entendido, para dejar así abiertas las puertas abiertas con la empresa; manifestaciones que por el contrario solo reflejan un acto voluntario y libre sin vicio alguno en su consentimiento para el efecto, tema que ha sido aclarado por la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL 2023 de 2022, oportunidad en que indicó lo siguiente:

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

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

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

Determinado lo anterior y en punto al tercer argumento del recurso, es decir lo relativo a las bonificaciones que el recurrente afirma si se dieron en forma habitual, aunque acepta, no hay soportes, basta con reiterar que toda decisión debe estar sustentada en pruebas, sin que puedan hacerse suposiciones o deducciones y tal como señaló la Juez de primera instancia, de los documentos aportados solo se concluye el pago de algunas bonificaciones en 2015 y 2016 por diferentes valores pero pactadas como mera liberalidad, siendo objeto de exclusión, de acuerdo con lo establecido en el art 128 del CST y sin que fueran habituales, como para decir que debe ser incluidas a efectos de obtener el salario base de liquidación, por lo que se impone confirmar la sentencia también en este aspecto sin que sobre agregar que dada la falta de pruebas, no se puede determinar un porcentaje de bonificaciones superior al salario de manera habitual.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Sin Costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO