

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

**MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JESUS MANUEL SANCHEZ  
RAMIREZ VS AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP RAD 6-2018-565-01**

---

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

**ALEGATOS**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

**SENTENCIA**

El señor **JESUS MANUEL SANCHEZ RAMIREZ**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **AGUAS DE BOGOTA SA ESP**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia, se le reintegre a un cargo de igual o superior categoría, al que desempeñaba al momento del despido y al pago de indemnizaciones moratorias. En forma subsidiaria solicita el pago de 180 días de salario previstos en la ley 361 de 1997, indemnización del art 65 del CST extra y ultra y costas y agencias en derecho. (fls 3 al 10 demanda y 40 al 42- escrito que subsana la demanda).

Como fundamento de sus pretensiones afirma que prestó servicios en AGUAS DE BOGOTA SA ESP, desde el 17 de diciembre de 2012 en el cargo de

operario de barrido, que el 8 de febrero de 2018, la demandada despide al actor en forma unilateral y sin justa causa, sin permiso del Ministerio de Trabajo y sin tener en cuenta que se encuentra próximo apensionarse, que no canceló indemnización por despido, que fue reintegrado por una orden de tutela proferida el 10 de abril de 2018, que el demandante tiene 60 años, que el salario era de \$ 1.576.137, que el reintegro se produjo el 18 de junio de 2018. (fls 4 al 10)

La demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando que el contrato terminó por causa legal, esto es expiración de la obra, que el demandante se encuentra laborando porque así lo ordenó una sentencia de tutela. En cuanto a los hechos aceptó el 4,5 y 6, negó los demás. Propuso las excepciones de improcedencia del reintegro, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado e innominada o genérica. (fls 59 al 67).

Mediante decisión de fecha 12 de febrero de 2020, el Juzgado 6 Laboral del Circuito **ABSOLVIÓ** a la demandada **AGUAS DE BOGOTA SA ESP** de las pretensiones de la demanda.

Para tomar esta decisión en síntesis la Juez afirmó: “...**Se recuerda que el problema jurídico a resolver se ciñe a determinar la procedencia de la acción de reintegro derivada de la alegada situación de pre pensionable del accionante** dado que, si bien acreditó a la terminación del contrato de trabajo en febrero 11 de 2018, el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, se ha de considerar si puede estimarse que el accionante es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable; como lo determinó el juez de tutela mediante el fallo de fecha 10 de abril de 2018, proferido por el juzgado 50 civil municipal de Bogotá, confirmada por fallo de fecha 18 de mayo de 2018 emitido por el juzgado 4 civil de igual circuito. **Adicionalmente, debe el juzgado definir la procedencia de la indemnización por despido y la sanción regulada por la ley 361 de 1997, artículo 25, por despido sin autorización del inspector de trabajo.** Con la finalidad de dirimir el conflicto propuesto, se advierte que en el juicio se probó con la documental visible a folios 11 a 14, 30 y 31, que el demandante se vinculó con aguas de Bogotá s.a. a partir del día 17 de diciembre de 2012, hasta el día 11 de febrero de 2018, como conductor de recolección. Como se advirtió por las partes sin discusión, la parte accionada reintegro al accionante el día 16 de abril de 2018, en cumplimiento de la orden de reintegro que determino el juez de tutela en el fallo atrás citado. En ese orden de ideas, se sigue que a la terminación de contrato de trabajo en febrero 11 de 2018, el accionante acreditó 1439 semanas cotizadas a Colpensiones con registro de la última cotización en diciembre 12 de 2017, folios 43 a 54, así se advierte que el accionante acreditó en la terminación de contrato de trabajo en febrero 11 de 2018

reunida la densidad mínima 1300 semanas que exige la ley 397 de 2003, artículo 9, para acceder a la pensión de vejez. Ahora, con la cédula de ciudadanía que accedió el accionante en audiencia anterior, se determinó que el antes citado nació el día 31 de mayo de 1957, según copia que se aporta al proceso en fotocopia cotejada con el documento original que se tuvo a la vista. En tal virtud se colige que en el juicio se probó que el antes citado, a la fecha de terminación de contrato de trabajo, contaba con 61 años de edad. Siguiendo las anteriores premisas se resalta que en relación con el fuero de estabilidad reforzada de pre pensionable, en el sector privado no existe una norma legal como la definida en la ley 790 de 2002, mediante la cual dispone la garantía para empleados del sector público, sin embargo, no puede desconocer el juzgado que por creación constitucional la sentencia de unificación su 03 de 2018, determinó que la condición de pre pensionable para las personas vinculadas laboralmente en el sector público o privado aplica en principio frente a quienes están próximas dentro de los 3 años siguientes a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez, edad y el número de semanas o tiempo de servicios requerido en el régimen de prima media con prestación definida o el capital necesario en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y consolidar el derecho a la pensión. La pretensión, **conforme lo explicó la sentencia atrás citada, protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo, por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al sistema general de seguridad social en pensiones, para consolidar los requisitos que faltaren para acceder a la pensión. En igual forma explicó la corte constitucional en la sentencia de unificación atrás citada, que en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de la edad, dado que acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicios en el caso de régimen de prima media, no sea considerado que la persona sea titular de la garantía de pre pensión, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al sistema en pensiones, pues el requisito faltante de la edad puede ser cumplido de manera posterior con o sin vinculación laboral vigente. En consecuencia, como el demandante acreditó a la fecha de terminación de contrato de trabajo en febrero 11 de 2018 cumplida la densidad de cotizaciones que exige la ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez, pues demostró una densidad superior a 1300 semanas y solo le faltaba arribar a la edad de 62 años que cumplió el día 31 de mayo de 2019, se infiere que la acción de reintegro suplicada en la demanda no está llamada a prosperar, la reclamación relacionada con la indemnización por despido no está llamada a prosperar porque la parte accionada reintegró al accionante por orden del juez de tutela derivada del despido que se produjo en febrero 11 de 2018, tampoco procede la sanción regulada por la ley 361 de 1997, artículo 25, teniendo en cuenta que la sanción no aplica frente al fuero de estabilidad reforzada en condición de pre pensionable.**

1.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación así: “....Su señoría, manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho, en el sentido de que **se prueba, que mi representado era una persona pre pensionada, como usted lo dijo tenía 61 años de edad, la**

**ley es clara que quien pretenda despedir a una persona en calidad de pre pensionado debe solicitar autorización al inspector de trabajo, por ende, la entidad demandada considero que si es sujeto a la cancelación de la indemnización.**“

## CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS, la Sala resolverá los puntos a resolver que del escaso sustento del recurso, la Sala limita en los siguiente, se itera, los cuales infiere del recurso planteado: i) El actor ostenta la calidad de pre pensionado y ello se acredita con la edad que tenía al momento del despido por tanto se debía pedir autorización al inspector del trabajo y ii) En consecuencia hay lugar al pago de la indemnización, puntos que resolverá de manera simultanea

### **De la calidad de pre pensionado del demandante y pago de indemnización**

Lo primero que advierte la Sala es que el recurrente no se refiere a los argumentos de la Juez, que acertadamente analizó con base en la jurisprudencia para concluir en algo contrario a lo que el recurrente insiste, esto es en la calidad de pre pensionado del actor; y limita esta condición ala edad, se itera, ignorando lo al respecto ya definido en varias y reiteradas sentencias a las que acudió la Juez.

Al respecto vale recordar que la condición que invoca la parte actora, esto es la de pre pensionado que dio lugar al análisis de la pretensión de reintegro y que el recurrente no cuestiona, pues solo la relaciona con la pretensión de indemnización, surge de cumplimiento de los requisitos para que se pueda tener como tal, explicados ente otras en la sentencia SU 003 de 2018, citada por la Juez, que, aunque referida a empleados públicos, para los que, dicho sea de paso, fue para quienes en un primero momento se habló de esta protección; aplica también en este caso cuando se trata de un trabajador cuyo contrato regula el CST.

Allí efectivamente la Corte señaló:

“(....)”

Para la Sala Plena, **con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.**

De manera que se equivoca el recurrente cuando insiste en esa condición del actor y más cuando la entiende vinculada solo a la edad pues se encuentra plenamente acreditado que el demandante, aunque le faltaba edad a la finalización del contrato ya tenía las semanas requeridas para tener derecho a la pensión; (más de 1300), luego la decisión del Juez al declarar que el actor no era un sujeto de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, es acertada y por tanto no tenía que solicitar permiso alguno a la autoridad competente.

En cuanto al segundo punto, esto es, a la afirmación del recurrente sobre la procedencia de la indemnización por ser sujeto de esta protección, vale decir que no es esta estabilidad laboral reforzada aún en el evento de existir la que genera esta consecuencia; siendo claro en este caso que el argumento de la Juez, ignorado por el recurrente, es que al haberse dado el reintegro del actor, en virtud de una sentencia de tutela, se dio la ficción que considera, que la terminación del contrato nunca existió, luego si no hay terminación de contrato, tampoco podría pensarse en una indemnización por este hecho, luego se impone **CONFIRMAR** la sentencia apelada; sin más consideraciones por innecesarias.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados



MARLENY RUEDA ÓLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 39 2017 00734 01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: LUIS OCTAVIO CASTRO SANCHEZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**MAGISTRADA PONENTE  
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

Al conocer de la sentencia de fecha 17 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas.

**ALEGATOS**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

**ANTECEDENTES**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones que el actor realizó a PROTECCIÓN S.A. toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro régimen. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes incluidos los rendimientos generados y a esta última a que los acepte y al pagos de las costas y agencias en derecho y a ésta última a reconocer el tiempo laborado y a emitir la historia laboral actualizada; solicita que se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios correspondientes y las costas del proceso. (fl.- 3)

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se trasladó a PROTECCIÓN el día 18 de noviembre de 1.994.
- Que los asesores de PROTECCIÓN S.A. le aseguraron que en el RAIS se pensionaría mejor que en el ISS.
- Que solo se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen.
- Que los asesores le prometieron beneficios y condiciones superiores a las que le corresponderían en el RPM.
- Que la demandada es la que tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de información al actor.
- Que la cuantía de su mesada pensional es inferior a la que le correspondería si hubiese continuado en el ISS hoy COLPENSIONES.
- Que elevó reclamación administrativa en contra de la demandada COLPENSIONES (fl.-4-5)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 5, 10 y 11, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe y prescripción. (fl. 69-71).

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 6, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (fl. 80-92).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 17 de febrero de 2020, resolvió, en lo que tiene que ver con este proceso:

1. *Declarar que el traslado que hizo el señor LUIS OCTAVIO CASTRO SANCHEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1994 a través de la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender, que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.*
2. *CONDENAR a PROTECCIÓN, a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que sea dable descontar suma alguna de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES*
3. *Ordenar a Colpensiones a que reciba de PROTECCIÓN, los recursos de que tratan los numerales anteriores y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.*
4. *Declarar no probadas las excepciones propuestas.*
5. *AUTORIZAR a COLPENSIONES a que adelante las acciones judiciales pertinentes para el pago de los perjuicios que pueda acarrear la decisión de ineficacia que se profiere...*"



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que tal como quedó planteado al momento de fijar litigio consiste en determinar si la afiliación que hizo el demandante, o mejor dicho, el traslado que hizo el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a PORVENIR S.A., se encuentra viciado de nulidad. De conformidad con el artículo 13 literal B de la ley 100 del 93, la selección de cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado quién para tal efecto manifestará por escrito su selección al momento de la vinculación

Entonces el desarrollo de esta sentencia va a ser así Primero se va a dilucidar en qué consiste una decisión libre y voluntaria, segundo en quién recae la carga de la prueba de establecer si esa decisión que tomó el demandante fue libre y voluntaria y por último las dos reglas aplicadas al caso concreto.

Entonces para empezar con el primer ítem es decir en qué consiste tomar una decisión libre y voluntaria las voces del artículo 13 literal E, el despacho debe remitirse o traer a colación el decreto 663 de 1993, el cual es el estatuto orgánico del sistema financiero. La misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 78852 SL 1452 del 3 de abril del 2019, haciendo un condensando de este tema y trayendo a colación diferentes pronunciamientos que ha hecho la misma Corte Suprema de Justicia establece en qué consiste ese principio de transparencia que establece o que exige el estatuto orgánico financiero que la transparencia es una norma de diálogo que le impone las administradoras a través del promotor de servicios, asesor comercial dar a conocer al usuario en un lenguaje claro simple comprensible los elementos definatorios y condiciones de régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes del servicio, en otros términos la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sólo sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo o parcializar los neutros.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En ese orden de ideas para que se entienda que un afiliado ha tomado la decisión de manera libre y voluntaria debe haberse cumplido con la obligación de dar una información detallada comprensible comparada y objetiva de los dos sistemas es decir no basta con que al momento de abordar al demandante en este caso al afiliado para obtener su traslado no basta con explicar algunas características del régimen o algunas bondades sino que se tiene que explicar de manera detallada las bondades los pro y los contra como se dice y efectivamente eso comparado con el régimen de prima media de tal forma que sí efectivamente se le habló o se le explicó algunas características, estas características deben ser desarrolladas y no solamente de manera general sino efectiva, en el caso concreto es decir establecer cuáles de las características que rodeaba el demandante para que el momento y explicarle cómo sería esas beneficios que le estaba ofreciendo

Así las cosas, en este caso en particular era a PROTECCIÓN S.A. a la que le correspondía demostrar que efectivamente cumplió al momento de la afiliación del demandante, que se le dio toda esa explicación de tal manera que él pudiera comprender lo que dejaba y qué es lo que estaba adquiriendo, entonces está esta obligación o carga probatoria encuentra dos sustentos normativos una sustancial y uno procesal. El sustancial lo encontramos en el código civil en artículo 1604 en el que establece que en estas ejecuciones de contratos quién debe probar la responsabilidad contractual es quién ha debido actuar con diligencia y cuidado y así lo señaló la Corte Suprema justicia quien tiene por sentado, que no esa otra diferente que la administradora la que debe tomar con diligencia y cuidado en la medida que es la concedora del servicio que ofrece, la concedora del servicio de los demás oferentes y por ende al conocer de manera detallada el sistema de seguridad social y enfrentarse ante un afiliado que como la misma jurisprudencia lo ha denominado Lego que no conoce la materia y aquí efectivamente se evidenció que hay unos conocimientos vagos sobre eso entonces es cuando la carga de la prueba o efectivamente cuando se exige que quién debe acudir o actuar con esa debida diligencia y cuidado es la persona que conoce el sistema de fondo.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En el presente caso la administradora de pensiones es decir PROTECCION S.A. no acreditó que en el momento de la filiación le explicaron en debida forma el demandante en qué consistía el régimen de ahorro individual y no solamente ello, sino en qué consistía el régimen de prima media que estaba dejando, explicando cómo se adquiriría la pensión en uno y otro régimen.

Así las cosas, encontró que la demandada PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga de la prueba en el presente proceso, y amparada en las sentencias proferidas por la H. Corte Suprema de justicia, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor y condenó en costas a la demandada.

### **DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas, interpusieron recurso de apelación, señalando:

PROTECCIÓN:

*Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser dictada en la presente audiencia, cuyo objeto, el objeto del recurso es que se revoque el numeral 2 y 6 de la parte resolutive de la sentencia, específicamente la materia de los puntos apelados es frente a la transferencia de todos los dineros que estaban en la cuenta de ahorro individual del demandante, específicamente pólizas, seguros, rendimientos, gastos de administración y el punto 6 de la sentencia, consecuentemente en las costas del proceso por \$1.790.000. La sustentación del recurso la hago de la siguiente manera: en relación con la condena a la transferencia de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, consideramos que el tribunal debe tener en cuenta el artículo 1746 del código civil, así como el artículo 20 de la ley 100 de 1993, los cuales establecen, el primero, sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de la afiliación y específicamente habla sobre las restituciones mutuas que “hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro de los intereses y frutos. Teniendo en cuenta lo anterior, y con base en el artículo 20 de la ley 100, el cual dispuso de la legalidad de estos valores para financiar la cuenta y ser administrada la cuenta de ahorro*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*individual, consideramos que esos dineros sobre las pólizas, seguros, rendimientos y gastos de administración, fueron gastados de manera legal por parte del fondo, por lo que condenarse a restituir esos valores únicamente al fondo es una decisión desproporcionada, pues aparte de transferir los dineros del ahorro, esos gastos tenían una destinación legal específica, los cuales pues deben ser las ambas partes las responsables. Y por tal motivo también solicitamos que el punto 6 de la parte resolutive de la condena en costas sea revocado, de esta manera dejo sustentado el recurso. Gracias.*

**COLPENSIONES:**

*Muchas gracias, siendo la oportunidad pertinente presento frente al despacho recurso de apelación contra la decisión tomada por el ad quo, solicitándole a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá se revoque en su totalidad las condenas o la decisión tomada por el ad quo en el caso que nos atañe, toda vez que el demandante hizo uso de su derecho de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en virtud del artículo 13 de la ley 100 de 1993, realizándolo de manera libre, espontánea y voluntaria, sin ninguna presión o coacción y teniendo en cuenta que la afp efectuó la debida información conforme lo disponía la normatividad aplicable al caso al año de 1994, precisamente a la fecha del 18 de noviembre de dicha anualidad, teniendo en cuenta que incluso en el año de 2003, la ley 797 brindó la oportunidad a quienes se sintieran afectados al haber efectuado su traslado o su cambio de régimen para que retornaran al régimen de prima media, sin que el demandante hubiera realizado algún uso de dicha o haberse acercado siquiera a haber solicitado información sobre dicho traslado, esto nos demuestra que incluso el demandante tuvo su voluntad de mantenerse en el régimen de ahorro individual hasta la fecha, lo cual ha transcurrido más incluso del término trienal de que trata la normatividad laboral en sus artículos 151 y 488 del código sustantivo del trabajo y el código procesal del trabajo y también se encontraría fenecida la oportunidad para solicitar la rescisión del contrato conforme lo dispone el artículo 1750 del código civil y por tanto resultaría improcedente acceder a dicho pedimento. Aunado a esto tenemos que para el año de 1994, el demandante contaba solamente con una mera expectativa de su derecho pensional, por lo que resultaría improcedente por parte de la afp realizar alguna proyección de suspensión o incluso realizar algún comparativo, toda vez que no se encontraban cumplidos todos los requisitos para solicitar la pensión. Y por tanto, pues dichas proyecciones hubieran sido irreales en tal anualidad. Por tanto, ruego a los honorables magistrados tener en cuenta que incluso la ineficacia se encuentra prescrita, toda vez que al realizarse un acto jurídico, el mismo es sujeto de prescripción y pues se encontraría fenecida ya la oportunidad para solicitar que se anulara el contrato o que resultara ineficaz el contrato de afiliación y pues nos encontraríamos frente a una imposibilidad, por tanto ruego a los honorables magistrados revocar la decisión emitida por el ad quo, y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones. Gracias.*

**CONSIDERACIONES**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por los recursos interpuestos por las demandadas, procede la Sala a establecer si existió la nulidad o ineficacia de la afiliación deprecada por la actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor LUIS OCTAVIO CASTRO SANCHEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PROTECCIÓN S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por 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 donde 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, contrario a lo señalado por las apelantes, 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

*“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en el presente proceso.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

(Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

**Sin costas** en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

**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**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 00734 01 Dte: LUIS OCTAVIO  
CASTRO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

  
**LORENZO TORRES RUSSY .  
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2019-247-01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: ALBERTO VALENZUELA ROCHA  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

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

Téngase por **reasumido** el poder otorgado por Colfondos S.A., a la doctora JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA, conforme memorial visible a folio 148 del plenario.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de enero de 2020.

**ALEGACIONES**

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

se confirmara la sentencia de primer grado y las de las entidades de seguridad social demandadas.

### **ANTECEDENTES**

El señor ALBERTO VALENZUELA ROCHA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de su afiliación efectuada a Colfondos S.A., el 11 de septiembre de 1998, que la única afiliación vigente a su nombre es a favor de Colpensiones; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a esta última a registrarlo como afiliado cotizante y a Colfondos S.A., a liberar de sus bases de datos su registro y devolver todos los valores recibidos con motivo de su afiliación a favor de Colpensiones. (fl. 5).

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 8 de diciembre de 1958, que inició su vida laboral el 1 de agosto de 1977 con el empleador Ramírez y Asociados, que se afilió al régimen de prima media administrado por entonces por Cajanal y el ISS hoy Colpensiones, que cotizó a estas administradoras hasta el 11 de septiembre de 1998, data para la cual, suscribió formulario de afiliación a la AFP Colfondos, por virtud de una visita realizada por un asesor de dicho fondo, quien le indicó el que el ISS iba a ser liquidado y sus aportes allí depositados se encontraban en riesgo, aunado a que le ofreció unos beneficios de dicho régimen, como poder acceder a derecho pensional a temprana edad y un monto superior del mismo respecto del otorgado en el RPM.

Afirma que este asesor, no realizó la proyección ni comparativo de su pensión entre regímenes, no le indicó cuál sería el capital para pensionarse en el RAIS, ni las modalidades propias del mismo, como tampoco las consecuencias o desventajas que le acarrearía dicho traslado, ni que podía retornar al RPM, antes de que alcanzara 52 años de edad; refiere que el formulario que suscribió, no contiene información clara y precisa respecto a su situación



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

pensional en particular que le permitiera tomar una decisión informada en cuanto al hecho de traslado de régimen.

Señala por último que conforme comunicación expedida por Colfondos S.A. el 26 de noviembre de 2018, cuenta con un total de 1309 semanas cotizadas en toda su vida laboral y un capital acumulado de \$233.688.661, que en la misma misiva esta demanda le indicó que su mesada pensional ascendería a \$917.618 al alcanzar los 60 años de edad y conforme su IBL, la prestación en el RPM, ascendería a \$4.606.594, al alcanzar los 62 años de edad, que diligenció solicitud de traslado de régimen el 15 de noviembre de 2018 y esta le fue negada por ambas demandadas. (fl. 3 a 5).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 24 y 25 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación. (fl. 89).

Por su parte, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el referente a la afiliación del actor a esa administradora, negó los No. 5 a 20 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación por pasiva, ausencia de vicio de consentimiento, compensación y pago. (fl. 108).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR NULO el traslado efectuado por el demandante al RAIS a través de la AFP Colfondos y ordenó a esta última a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos, debiendo asumir el cálculo que Colpensiones



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ordenara con el fin de realizar el reconocimiento pensional, condenó a esta última a reactivar la afiliación del demandante al RPM y a recibir los aportes objeto de traslado y condenó en costas a Colfondos. (fl. 145)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

*En primer lugar debemos establecer que lo que quiere el demandante es trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en virtud de la nulidad mas no por encontrarse en los supuestos de la sentencia c789 de 2002 o la C 1024 de 2004, ni en la SU 062 de 2010, conforme al documento de folio 168 del expediente, Alberto Valenzuela rocha se trasladó al régimen de ahorro individual en el mes de septiembre del año 1998, la declaratoria de nulidad del señor Valenzuela Rocha a Colfondos se basa en que no se le suministró una información completa, y por ende el acto del traslado no estuvo precedido de todos los requisitos señalados en la ley. Es importante recordar que Colfondos, en virtud de la inversión de la carga probatoria, tenía el deber de demostrar haberle brindado toda la información necesaria al señor Valenzuela Rocha para que adoptara la decisión que le fuera más favorable, en cuanto al régimen al que quería estar afiliado, así lo dijo la corte suprema de justicia en la sentencia 31314 de septiembre de 2008, el 30 de julio de 2014, en sentencia 46902 la corte señaló de manera sucinta resumiendo lo dicho por la corte que la distribución de las cargas de la prueba ha hecho tránsito a un esquema más flexible, basado en que quien tenga en su poder una prueba, se espera que la aporte y esté en el deber de allegar al juicio con mayor razón si ella le resulta favorable. La afiliación al régimen, entonces, conlleva el derecho a la información y el de que se brinde un estudio integral, dándole a conocer ventajas y desventajas, teniendo cuidado en no menoscabar los derechos a la seguridad social, y llegando incluso a tener condiciones más desfavorables, debemos recordar que la sentencia de la corte suprema de justicia 31989 y 31314 de 2008, reiterada posteriormente en la 33803 de 2011 y en la sl12136 de 2014, han indicado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, las administradoras de pensiones entonces tienen el deber de darle al interesado una información completa y comprensible a la medida de la simetría, dice la corte, entre las partes, entre un experto y un afiliado lego en materias complejas como las pensiones, y esta información, insiste la corte, se hace con la prudencia de quien sabe el alcance de que el potencial afiliado pueda tener, cuando se tratan de asuntos de consecuencias mayúsculas, para elegir el régimen en el cual debe de estar afiliado, el engaño entonces que se alega, dice la corte, es el deber de información en que incurrió la administradora en asunto neurálgico, insiste la sala en que la solicitud que aparece firmada en los trámites del formulario, a pesar de haber dicho que sea libre y espontánea, no es la que genera la nulidad por lo que lo que falta es precisamente información veraz y suficiente, que se puede adoptar con el pleno conocimiento, le correspondía entonces a las demandadas demostrar que se le brindó al demandante información veraz y suficiente, advertimos del interrogatorio de parte del demandante que la información que le dieron no era una información errada respecto del régimen, de los dos regímenes que se estaban manejando en el año 1998, pero lo cierto es que el señor llevaba para ese momento ya cerca de 20 años cotizados al seguro social y esa circunstancia en ningún momento fue mencionada por el fondo privado, ese mero hecho si genera que esa situación no las otras situaciones que alega el demandante que quizás se pasó porque había beneficios que en su momento lo beneficiaron, yo creo en el argumento jurídico que el señor tenía un beneficio, al momento de trasladarse si tenía un beneficio, porque si tenía las cotizaciones la información que le daban que era correcta jurídicamente de acuerdo con las normas es que si en ese momento el señor fallecía, y como no tenía los requisitos para la pensión porque no tenía la edad, entonces la gente dice que para que la plata no se pierda, es que la plata no se iba a perder, la plata iba a ser lo que ahora usted está reclamando, la solidaridad, usted reclama solidaridad de la cual no fue solidario, usted no fue solidario con el sistema pero ahora pide que el sistema le sea solidario, paso por creer que esa plata le podía ir a sus parientes, a sus sobrinos, en un proceso de sucesión, si fallecía en ese momento.*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*Pero como pasaron los años y afortunadamente no sucedió ese hecho, y llegó el momento de la pensión, claramente ahora si le conviene el régimen de prima media, o sea perjudicando, como dijo la apoderada de Colpensiones, perjudicando a los que están, a los cotizantes a los que si han sido fieles y leales al sistema, eso no es que Colpensiones se iba a acabar, personas de tan ilustrado conocimiento como va uno a entender, no deja de sorprender que sigan diciendo que un señor que, incluso la formación académica, los asesores eran simplemente bachilleres, y ustedes son personas profesionales, tienen una formación académica que la universidad lo que les hace cuando las personas van a la universidad a lo que van es para que les enseñen a pensar, a perfeccionar su pensamiento y a tener un pensamiento crítico sobre lo que les están informando, pero existió esa situación que el señor si llevaba mucho tiempo cotizando en Colpensiones antes del traslado y por lo tanto si hubo un engaño de parte del fondo respecto de haber omitido cual era la consecuencia de dicha situación en ese momento, o si se lo dijo por lo menos el demandado Colfondos, no hizo el mínimo esfuerzo, aquí incluso dijo que tenía una autorización que este despacho no acepta, de allanarse a las pretensiones de la demanda y eso se verá reflejado en las costas del proceso.*

*Entonces, teniendo en cuenta lo anterior, se declarará la nulidad del traslado del señor demandante al fondo de pensiones Colfondos. Zanjado lo anterior, tenemos entonces que se ordenará declarar la nulidad del afiliado a Colfondos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, frente a los efectos de la nulidad, recordemos que la corte en la sentencia 31314 de diciembre de 2011 dijo: las consecuencias de la nulidad de la vinculación a la administradora de pensiones del régimen individual por un acto indebido de este, tiene como consecuencia no producir efectos propios sino los que en su lugar establece la ley, no se puede entonces derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada por las mesadas pensionales o gastos de administración, a partir de la fecha de notificación de esta sentencia. En vista de la declaratoria de la nulidad del traslado del demandante, se ordenará a Colfondos entonces, ultimo fondo al cual se encuentra afiliado el demandante actualmente, a trasladar todos los aportes efectuados al señor Alberto Valenzuela Rocha, junto con sus rendimientos a Colpensiones, debiendo en todo caso el fondo de pensiones Colfondos, asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de la financiación de la pensión para el pago de las mesadas o por los gastos de administración, conforme lo advertido en la sentencia anteriormente referenciada. Haremos la claridad en este proveído entonces, que le corresponderá a Colpensiones hacer el cálculo de lo que le correspondería al cálculo actuarial como lo haría Colfondos para decir con cuánta plata se pensiona, que lo haga Colpensiones, para que Colfondos le pague, con lo que se pensionaria, es decir, el dinero que le haga falta para tener la pensión. Así mismo y teniendo en cuenta lo anterior, se condenará a Colpensiones a recibir al demandante al régimen de prima media con prestación definida, comoquiera que al declararse nula la afiliación del accionante debió permanecer en todo momento en el régimen pensional de prima media con prestación definida, por las resultas del proceso, se tienen por examinadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas, declarándose no probadas las mismas.*

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada **Colfondos**, indicó:

*Interpongo respetuosamente recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir, a efectos de que el tribunal superior de Bogotá, lo revoque en lo que tiene que ver con la condena a Colfondos de las mesadas pensionales o de la suma de dinero de las mesadas pensionales que hicieran falta para financiar una pensión en el régimen de prima media, comoquiera que la parte demandante, en principio, pues no lo solicitó en su demanda y el juez de primera instancia pese a que tiene facultades ultra y extra petita, no puede conceder este tipo de condenas contra mi representada. Adicional a eso, se aclara que si bien mi representada no se opone frente a las pretensiones de la demanda, se determinó y se aclaró que simplemente era respecto de la nulidad y respecto de la devolución de los saldos al régimen de prima media,*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*puesto que se comparte el deseo del demandante a regresar, de otra parte, respecto de las costas, el argumento que indicó el señor juez, indica que lo hace o lo condena en razón al actuar de Colfondos, sin embargo en el presente proceso pues no se ha probado ningún actuar fraudulento en cuanto al allanamiento, y por el contrario, como ya lo indique se pretende es compartir ese deseo de la parte demandante.*

Por su parte, **Colpensiones** indicó:

*Se tenga en cuenta que de darse este traslado, retornar el señor Alberto Valenzuela Rocha al régimen de prima media, estaría ayudando a la descapitalización del sistema pensional, cosa que preocupa en tanto que Colpensiones no tiene dentro de su presupuesto o no proyectó dentro de su planificación fiscal lo que puede representar el pago de mesadas pensionales, incrementos a los que eventualmente tendría derecho el demandante al regresar al régimen de prima media, debe tenerse en cuenta también que como se señaló, no hubo una, o más bien, ese traslado se realizó de forma libre y voluntaria, no existiendo vicios en el consentimiento y aun así, no es de recibo para esta profesional que como lo menciona el pretexto de una falta de información suficiente, se pretende dejar sin efecto una decisión que ha sido de forma libre y voluntaria, estas acciones preocupan, puesto que el régimen de prima media es un régimen basado en la solidaridad, como se mencionó y como el concepto del juez de primera instancia, lo cierto es que el demandante no ha sido solidario con este sistema, lo que ayudaría a esta descapitalización del sistema pensional. Ahora bien, en caso de darse o ratificarse la sentencia de primera instancia, ruego honorables magistrados, ordenar a la administradora de pensiones Colfondos que no realice ninguna deducción por concepto de administración, por concepto de seguro de invalidez o muerte, respecto al ahorro que tenía o ahorro que representa la cuenta individual del señor Alberto Valenzuela Rocha.*

### **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor ALBERTO VALENZUELA ROCHA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Confondos S.A., el 11 de septiembre de 1998, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 33 y 124 del plenario allegada por la parte demandante y la demandada Colfondos S.A, habiendo sido su administradora pensional previo al traslado al RAIS, el entonces ISS, como se verifica de certificación expedida por Colpensiones visible a folio 52 del plenario.

En este orden, 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.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Alberto Valenzuela, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., 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 o desfavorable.

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

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

*En ese orden, concluyó que:*

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

*En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la 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.*



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que contrario a lo manifestado por Colfondos en sus alegaciones, no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto y conforme la óptica respecto de la cual se debe estudiar lo petitionado es la ineficacia como lo ha señalado la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, se **modificará** el numeral PRIMERO de la sentencia recurrida, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por el actor al RAIS a través de Colfondos en el año de 1998.

De igual forma, habrá de revocarse la sentencia recurrida respecto del aparte según el cual, el juez de primer grado ordenó a Colfondos cubrir con su patrimonio el faltante en caso de que lo hubiere una vez Colpensiones efectúe reconocimiento pensional al actor, como quiera que tal cuestión no es un efecto propio de la ineficacia de traslado, de allí que tenga que retornar al RPM todas los aportes efectuados por los afiliados junto con rendimientos e igualmente como lo señala Colpensiones, la administradora del RAIS, no puede descontar al momento de dicho traslado gastos de administración 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, aspecto que se adicionará al ordinario PRIMERO de sentencia recurrida.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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

**Sin costas** en esta instancia.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por el actor al RAIS, en el año de 1998.

**SEGUNDO: REVOCAR** el aparte pertinente del ordinal PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar indicar que Colfondos S.A., no debe asumir valor alguno al momento de que Colpensiones reconozca prestación pensional a favor del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: ADICIONAR** el ordinal PRIMERO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar que el traslado de fondos allí ordenado, debe comprender lo descontado al actor de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración.

**CUARTO: 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900247-01 Dte: ALBERTO VALENZUELA ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

**QUINTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

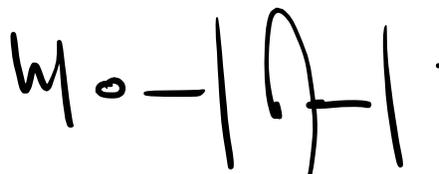
**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**MAGISTRADO**



**LORENZO TORRES BUSSY**  
**MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 31 2019 420 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ROSSANA DIAZ GOMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**A U D I E N C I A   D E   J U Z G A M I E N T O**

**MAGISTRADA PONENTE  
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 12 de febrero de 2020, por la apelación, presentada por la apoderada de la demandada PORVENIR S.A.

**ALEGACIONES**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

**ANTECEDENTES**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO**

La señora ROSSA DIAZ GOMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada a la PORVENIR S.A. y válida la realizada ante COLPENSIONES y en consecuencia de ordene a porvenir el traslado de los saldos que por aportes pensionales se encuentren consignados en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES; igualmente solicita se ordene o condene a esta última a aceptar dichos dineros; así mismo a corregir y actualizar la historia laboral y que se declare que para todos los efectos que la única afiliación válida fue la efectuada al ISS hoy COLPENSIONES el 14 de enero de 1980.(fls. 3)

**HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 1 de noviembre de 1958 y se afilió al sistema general de pensiones y realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el día 14 de enero de 1980.
- Que era beneficiaria del régimen de transición, ya que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad.
- Que se afilió a la AFP COLPATRIAL hoy PORVENIR S.A., el 14 de septiembre de 1999, que esa decisión fue aparentemente voluntaria, pero dicha decisión, no estuvo precedida de la suficiente ilustración, por parte del fondo que la recibió, por lo que no existió un conocimiento libre.
- Que ante la insistencia el funcionario procedió a suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 1 de mayo de 1996, sin que hubiese sido informada en debida forma por el funcionario sobre las implicaciones de su traslado.
- Que no se le informó sobre el año de gracia que tenía para trasladarse nuevamente a COLPENSIONES, a pesar de que tenían como localizarla.
- Que agotó la reclamación administrativa. (fl.- 3-4)



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO**

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 2, 6, 7, 10, 11 y 12, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción y caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social y buena fe. (fl. 76 - 87).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los hechos enlistados en los numerales 1, 3, 4, 6, 7 y 11, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe y enriquecimiento sin justa causa. (fl.- 104 - 112).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 12 de febrero de 2020, resolvió:

*“Primero: DECLARAR la nulidad del traslado de régimen realizado por la señora ROSSANA DIAZ GOMEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual.*

*Segundo: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que hubiese recibido de la demandante con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradora, como todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 el C.C. esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin que se pueda descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración.*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*Tercero: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA E PENSIONES a recibir a la demandante ROSSANA DIAZ GOMEZ en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*

*Cuarto: CONDENAR a PORVENIR en cuantía de medio SMLMV por concepto de normas procesales.”*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando, en primer lugar, que el derecho a la seguridad social es de rango constitucional y trae a colación sentencias proferidas por la H, Corte Constitucional que hablan al respecto.

Posteriormente señaló que previo a estudiar la validez del acto de traslado, debía establecerse si la actora era beneficiaria del régimen de transición. Indicó que con la documental obrante al plenario se establecía que al 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad y 730 semanas de cotización; igualmente que para el momento del traslado contaba con casi 1000 semanas de cotización.

La Juez de primer grado resalta que en ningún momento está cambiando su postura frente a este tema, pero en este caso en específico y por la densidad de semanas de cotización, entrará a verificar el fondo del asunto, es decir, si le dieron la información debida.

Manifestó que revisado el plenario y en relación con este tema, solo se encuentra la copia del formulario de afiliación del el cual no se desprende que información le fue suministrada al momento del cambio, así como tampoco se le informó que perdería el beneficio de la transición en materia pensional.

Por todo lo anterior, consideró que en este caso en específico es procedente, acceder a las pretensiones de la demanda y en consecuencia declaró la nulidad del traslado de régimen, en los términos señalados anteriormente.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO****DEL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA PORVENIR S.A.**

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora interpone recurso de apelación, señalando:

*“Su señoría, me permito manifestar que estando en mi oportunidad procesal, interpongo el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, en primera medida, pues el presente caso indica la correspondiente nulidad del traslado por falta de información, si bien es cierto, la demandante se evidencia que contaba con uno de los requisitos de edad para régimen de transición, por parte en este caso de porvenir, siempre se generó los procesos correspondientes del deber de información, esto lo expongo de la siguiente manera: en inicio se suscribió un correspondiente contrato de afiliación, este contrato de afiliación nunca fue tachado de acuerdo a los artículos 243 y 244 del código general del proceso, y por tal razón se debe presumir autentico. Consecutivamente a dicha situación, queremos hacer un énfasis frente al tema de principio de la autonomía de la voluntad, le solicito yo o le quiero brindar información a los honorables magistrados, indicando que este principio nace en inicio desde una perspectiva filosófica kantiana que es referido a la capacidad del individuo para dictar sus propias normas morales, ya colocándolo mas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que identificar que este está ligado con la capacidad en la que querer fundamentar la voluntad de la parte, o sea, el consentimiento libre al firmar el formulario. Sin dejar atrás que la demandante en su momento no contaba con ningún tipo de discapacidad o no fue probado de esta manera en el proceso y pues contemplaría todo lo correspondiente el artículo 1502 y 1503, que era una persona totalmente capaz al momento de firmar. Seguido a este tema, queremos hacer un esbozo muy rápido frente a que nuestro ordenamiento jurídico maneja tres tipos de nulidad, la de pleno derecho que no correspondería en este caso, ya que todos los procesos se dieron de acuerdo a las normas de orden público, la absoluta tampoco porque se dio de acuerdo a una causa y objeto lícito, y la demandante como se mencionó con antelación fue una persona capaz, y ya la nulidad relativa, la que se da por vicios del consentimiento, por error, fuerza o dolo, y pues en este caso si es susceptible de que sea saneado por ratificación al momento de que genere los correspondientes aportes la parte demandante, así las cosas yo les solicito*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO**

*que sea muy bien revisado el tema por parte de los honorables magistrados. Queremos también hacer un énfasis frente al tema del deber de información, es preciso hacer verificar a los honorables magistrados que este mismo es exigible desde el año 2004, entonces se puede identificar que este deber de información fue consecutivo de acuerdo a los procesos normativos en su momento, tanto así que bajo lo emitido por el concepto de la superintendencia financiera, concepto 2015123910 del 29 de diciembre de 2004, reglamentado dentro del estatuto financiero, indicó que las afp tenían el deber de informar las condiciones y requisitos propios del régimen de ahorro individual y el régimen de prima media con prestación definida, así las cosas, estos medios se probaron y se prueban con todos los medios de comunicación, más concretamente con las publicaciones y edictos, por decirlo de alguna manera, que se hicieron a través del tiempo en el cual se le podía dar su derecho de retracto a las personas para poderse devolver a su régimen. Por lo mencionado con antelación, expongo los argumentos frente a este recurso, y solicito a los honorables magistrados que absuelva en este caso de todas las condenas a mi representada. Ya con el fin de finalizar, frente a los gastos también que tanto las costas como los gastos de administración, es presente tener o poner como en énfasis que durante todo el tiempo que está la vinculación con la demandante hubieron unos rendimientos y esos rendimientos fueron entregados totalmente a los aportes de la señora y pues consecutivamente a ello, no debería generarse condena alguna por dicho concepto, ni tampoco por costas. Muchísimas gracias.”*

**CONSIDERACIONES**

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por la demandada, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ROSSANA DIAZ GOMEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada hoy PORVENIR S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta y se ordene la devolución de la totalidad de los dineros



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO**

que el actor tiene en su cuenta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por 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 donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO**

*“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

Es así como para estos casos como bien lo señala la juzgadora de instancia, y contrario a lo señalado por la demandada PORVENIR SA. en su recurso y en sus alegatos de conclusión **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO**

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que la demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultó vencida en la presente proceso.

Igualmente, tal y como lo señaló la Juez de Primer grado, la demandada no podrá efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO**

**Sin costas** en esta instancia.

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

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

**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: 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**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 00420 01 Dte: ROSSANA DIAZ GOMÉZ Ddo.:  
COLPENSIONES Y OTRO**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO  
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2016-547-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS ANDRÉS QUINTERO ACOSTA

DEMANDADO: SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO  
S.A.S.

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los Treinta y uno (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 6 de diciembre de 2019.

**ALEGACIONES**

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

**ANTECEDENTES**

El señor CARLOS ANDRÉS QUINTERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y la sociedad demandada, existió un contrato de trabajo entre el 9 de noviembre de 2009 al 26 de marzo de 2015, que durante la vigencia de esta,



el empleador pagó a su favor de manera mensual conceptos denominados “bono por mera liberalidad”, “auxilio de educación y/o salud” y “auxilio de alimentación”, solicita se declare que dichos valores son constitutivos de salario y por ende el salario promedio mensual que devengó fue la suma de \$1.931.520, que desempeñó el cargo de operador y que su empleador no pagó de manera completa las acreencias laborales a que tenía derecho durante la vigencia de la relación laboral como tampoco a la finalización de esta; peticiona igualmente se declare que incumplió la obligación de consignación de cesantías de manera completa, así como que no pagó los aportes al sistema de seguridad social integral con base en el salario por él realmente devengado.

Como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada al pago de auxilio de cesantía, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, sobre el monto salarial realmente devengado por él, indemnización prevista en el artículo 65 del CST, la prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, reliquidación y pago de aportes a la seguridad social e indexación de dichas sumas. (fls.4 y 5)

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que ingresó a laborar al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 9 de noviembre de 2009, relación que estuvo vigente hasta el 26 de marzo de 2015, en virtud de la cual se desempeñó como operador de bus articulado; indica que su remuneración estaba conformada por una suma fija y otra variable, conformada por horas extras, recargos nocturnos, auxilios extralegales que percibía mensualmente para enriquecer su patrimonio, que además de dichos pagos, la sociedad demandada realizaba pago en especie a través de bonos de canasta, valor de los mismos, que no se tuvieron en cuenta dentro de su liquidación de prestaciones sociales, que devengó un promedio mensual de \$1.931.520 en su último año de servicios.

Indica que de igual manera, la demandada pagó a su favor además del salario básico unas sumas por concepto de *bono de mera liberalidad*, *auxilio de salud* y *auxilio de alimentación*, los que fueron pagados durante la vigencia de la



relación laboral de manera mensual e ininterrumpida, devengando además un *bono de excelencia por el desempeño del grupo máster*, en una suma igual al bono de canasta, salud y/o educación. Afirma que la demandada pagó salarios, prestaciones, vacaciones y demás acreencias sobre el salario básico y no sobre el realmente devengado, de igual forma, respecto de los aportes al sistema de seguridad social integral, que omitió consignar en forma completa el auxilio de cesantías y no ha pagado el valor completo correspondiente a la liquidación final de prestaciones sociales conforme el salario realmente devengado. (fls. 2 y 3).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los No. 1 a 3, referentes a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y el cargo desempeñado por el actor en virtud de ella y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derecho por parte del demandante, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y compensación. (fl.47)

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que entre el demandante y la demandada, existió un contrato de trabajo entre el 9 de noviembre del 2009 al 26 de marzo de 2015 y absolvió a la demandada de las pretensiones condenatorias incoadas en su contra, condenando en costas al demandante. (fl. 274)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando que no había sido materia de controversia la existencia del contrato de trabajo entre las partes por los extremos temporales señalados en escrito de demandada, circunstancia que se corroboraba con documentales contentivas de contrato de trabajo, certificación laboral y comprobantes de nómina allegados al plenario, señaló que había quedado probado que al actor, se le había pagado



como última asignación salarial la suma de \$1.275.000, como se verificada de documentales visibles a folios 216 a 221.

Afirmó respecto del salario que según el artículo 127 del CST, corresponde a la remuneración fija o variable y todo lo que reciba el trabajador en especie o dinero como contraprestación directa del servicio, sea cual fuere la denominación que se adopte, a su vez, el artículo 128 ídem, señalaba que no constituía salario las sumas que ocasionalmente y por mera recibiera el trabajador, no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones y dicha normatividad señala de manera expresa que no constituye salario lo percibido por concepto de alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales, entre otros; no existiendo discusión de que la Ley facultaba a las partes para suscribir pactos de exclusión salarial y restarle tal carácter a sumas recibidas por mera liberalidad del empleador o a beneficios habituales otorgados de manera extralegal.

Que en cuanto a dicho tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había señalado que tales pactos de exclusión salarial eran válidos siempre y cuando las sumas excluidas, no retribuyeran en la realidad el servicio del trabajador, tornándose ineficaz los pactos que violaran tal precepto, pues no era dable desdibujar el carácter de salarial que por su naturaleza lo son y tal facultad de pacto de exclusión salarial, no era absoluta, pues de determinarse que estos constituyen salario, se tendrán como tal.

Afirmó con fundamento en lo señalado en precedencia que revisada la documental contentiva de contrato de trabajo, el parágrafo 2 indicaba que el empleador por mera liberalidad podía recocer al trabajador bonificaciones, premios o similares, bien sea por el cumplimiento de obligaciones, buena desempeño etc., por tanto tales sumas no tendrían el carácter de salarial y no se tendrían en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales; que a folio 76 del expediente aparecía mutuo acurdo suscrito por el demandante y demandada en el que se acordó por ellos el reconocimiento mensual de *compensación flexible*, los que no constituían salarial conforme pacto entre las partes, relacionándose que los beneficios de *auxilio de alimentación, tarjeta de vivienda canasta, auxilio de educación y/o salud*, acordando que el empleador



se reservaba el derecho de variar de forma unilateral tal compensación, dicha documental, fue suscrita el 1 de febrero de 2011 y no había sido desconocida, indicó que en diligencia de interrogatorio de parte vertido por el demandante, este había indicado que no era cierto que se hubiera hecho tal pacto de mutuo acuerdo, pues no se le dieron especificaciones al respecto, leyó el documento y o firmó por conservar el trabajo, indicó que el bono de alimentación salud y/o educación señaló que lo podía gastar en lo que él quisiera pues la empresa no le daba cuentas y el de alimentación se lo pagaban a través de una tarjeta canasta.

Refirió la juez que la representante legal de la demandada había señalado en su interrogatorio que dicha compensación se pagaba dependiendo del presupuesto de la sociedad y los valores que Transmilenio le cancelara por el valor de tales servicios, que las condiciones del mismo, fueron puestas en conocimiento del actor y era sólo para los operadores el bono de mera liberalidad, que el de alimentos debía gastarlo en alimentos, por cuanto se trataba de una tarjeta para servicios de esa índole, igual ocurría con el de educación y/o alimentación. Señaló que con fundamento en tales pruebas, el bono de mera liberalidad había sido pagado al demandante en diciembre de 2009, enero de 2016, febrero de 2010 y marzo de 2010, asimismo, como auxilio de salud y/o educación se evidenciaba que este se pagó en marzo a diciembre de 2011, para el 2012, de enero a diciembre, en los 2013 y 2014, igual en todas las mensualidades de dichas anualidades, para el 2015, de enero a marzo, sumas que en efecto, no habían sido incluidas como factor salarial como se determinaba de los comprobantes de nómina allegados al plenario.

Señaló que al analizar el caudal probatorio y atendiendo a la normatividad citada y criterio jurisprudencial al respecto, las sumas pagadas al trabajador por concepto de bono de mera liberalidad y auxilio educación y/o salud, no constituían factor salarial, en primer lugar por así haberse pactado en contrato de trabajo y en documental contentiva de mutuo acuerdo, en segundo lugar y si bien el auxilio de salud y/o educación lo recibía de manera mensual y casi siempre en el mismo valor, lo cierto era que este auxilio no retribuía los servicios prestados por él y si bien indicó que cuando cometía



faltas, este no se pagaba, ello no quedó acreditado observándose que en algunas ocasiones este percibió un mayor valor, nunca uno inferior al que tenía consciencia mes a mes, lo que significaba que este no retribuía su servicio sino que era para el desarrollo de su actividad y en el contrato que obraba en CD suscrito entre la demandada y Transmilenio, se estableció en la cláusula 78 por el desempeño del concesionario, esto es la demandada, situación indicativa de la afirmación de la representante legal de la demandada según la cual, este se pagaba dependiendo del presupuesto que le daba Transmilenio, y ello también explicaba por qué en algunos periodos, el valor de dichos auxilios variaba a un mayor valor al recibido habitualmente, por lo que al no demostrarse que los auxilios percibidos por el demandante cumplían con los requisitos del artículo 127 del CST, se absolvería de las súplicas de demanda.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, indicando en primer lugar que no fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral entre el demandante y sociedad demandada que tuvo lugar entre el 9 de noviembre de 2009 hasta el 26 de marzo de 2015 existencia que se corrobora con documental contentiva de certificación laboral visible a folio 12 y 67 del plenario y por virtud de la cual, el demandante percibió unas sumas denominadas *bono de mera liberalidad, de alimentación y de salud y/o educación*.

Respecto de la índole salarial de dichos emolumentos y si bien la Ley, esto es, el artículo 128 del CST, permite la suscripción de pactos de exclusión salarial entre el trabajador y su empleador, lo cierto es que los mismos se tornan ineficaces, cuando tales sumas excluidas de dicha connotación, retribuyen el servicio del trabajador y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL656 de 2021 M.P., Gerardo Botero Zuluaga, que en dicha oportunidad indicó:

*No sobra memorar lo que la Sala ha sostenido de vieja de data, sobre la facultad que tienen las partes de un contrato de trabajo en celebrar pactos de exclusión salarial, en efecto en la sentencia CSJ SL Sentencia 30 nov. 2010, rad. 35554, se sostuvo:*



***Sin embargo, este entendimiento del Tribunal acerca de la libre facultad de las partes de excluir el carácter salarial de cualquier beneficio percibido por el trabajador, a través de acuerdo con el empleador, tal como sería el caso de la bonificación alegada por la demandante, resulta equivocado a la luz de la jurisprudencia emitida por esta Sala, en la cual se ha sostenido que aquellas no pueden desconocer, según su libre entendimiento, la disposición del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece como salario cualquier suma que perciba el empleado como contraprestación directa del servicio, independientemente de la denominación que tenga, por lo que no puede desconocer dicha disposición para establecer como no salario una suma que retribuya de manera directa la prestación del servicio, so pena de ser ineficaz este pacto a la luz del artículo 43 del Código en mención. (negrilla fuera del texto original)***

Así las cosas, en primer lugar se observa que a folio 76 obra documental contentiva de “mutuo acuerdo” suscrito entre el trabajador y la demandada y mediante el cual acuerdan que este último reconocerá a favor del primero una “*compensación flexible*”, indicando que los beneficios allí relacionados como *auxilio de alimentación (tarjeta Davivienda canasta)* y *auxilio de salud y educación* que conforman tal compensación, **no son constitutivos de salario.**

A su turno, en el párrafo 2 del contrato de trabajo allegado a folio 77 del plenario se señala que el empleador por mera liberalidad podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios o similares, ya sea por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño y cumplimiento de objetivos entre otros por parte de este último; que no tendrán carácter salarial y por ende en ningún caso serán tenidas en cuenta como factor prestacional.

Conforme lo anterior en primer lugar se abordará el estudio del auxilio de alimentación, respecto del cual a folio 231 obra contrato suscrito entre Davivienda y la sociedad demandada, cuyo objeto era la expedición de tarjetas por la entidad bancaria en mención a favor de los trabajadores y por el valor que le indicara la demandada, los que del contenido de dicho contrato se deduce que sólo se podía utilizar en establecimientos dedicados a la venta de alimentos a nivel nacional; de lo que se podría deducir en principio que tal emolumento cumple con las características de un pago de carácter no salarial a las voces del artículo 128 del CST; aunado a ello, ninguna documental da cuenta con qué periodicidad y en qué montos fue recibido dicho auxilio, pues si bien a folio 161, obra una relación de



movimientos aparentemente bancarios en diferentes sedes de los almacenes éxito, lo cierto es que de ella no se logra determinar que estos correspondieran a la tarjeta expedida por Davivienda a que se alude por lo que tales circunstancias no permiten constatar si en realidad como lo alega el demandante, dicho pago ostentaba el carácter de salarial en los términos del artículo 127 del CST.

Ahora y en cuanto al bono de mera liberalidad, contrario a lo afirmado por la Juez de primer grado y por la demandada en sus alegaciones, del mismo texto del parágrafo 2 antes citado de documental contentiva de contrato de trabajo, se logra determinar claramente que tal emolumento, **sí retribuía el servicio**; lo anterior por cuanto de manera textual se señala que la empresa reconocería este *por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño y cumplimiento de objetivos*, ámbitos en mención que sin duda son propios del servicio desempeñado por el trabajador y el cumplimiento de objetivos a que se alude, se logra con la prestación idónea de su servicio, aunado a que no se demostró por la demandada que estos pagos no estuvieran destinados a enriquecer su patrimonio, contrario sensu, el demandante indicó que al igual que auxilio de salud y/o educación, el valor del bono por mera liberalidad lo invertía del modo que él quisiera y se itera, la demandada no demostró que cierta afirmación no correspondiera a la realidad, estableciéndose del pacto de exclusión salarial en mención que el bono de mera liberalidad bajo estudio, retribuía de manera directa el servicio.

En lo que respecta al auxilio de salud y/o educación, a igual conclusión a la antes señalada arriba la sala, esto es, que tal auxilio también constituye factor salarial a pesar de la exclusión de tal carácter suscrita por el trabajador y su empleador; en razón a que a folios 124 a 220 del plenario, se logra determinar que tal auxilio era pagado por la sociedad demandada de manera **mensual** en la primer quincena de cada mensualidad, entre marzo de 2011 a marzo de 2015, como en efecto lo corroboró el representante legal de la demandada en diligencia de interrogatorio de parte; aparte de su habitualidad, no se logró demostrar que en efecto dichos pagos estuvieran destinados a cubrir necesidades del trabajador conforme a la denominación que se le dio, pues ninguna de las pruebas allegadas permite



concluir que con esta suma pagada de manera mensual, el trabajador la destinara a su educación o la de su grupo familiar y menos a servicios de salud, de lo que fácilmente se determina que tal ingreso, enriqueció su patrimonio y por ello, en la realidad era un pago que retribuía su servicio.

Es así como conforme el análisis antes efectuado, los bonos de mera liberalidad y el auxilio de salud y/o educación sí constituían salario a pesar de la exclusión de tal connotación que versó sobre estos y así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3123 de 2020, al estudiar un caso similar seguido contra la sociedad Compañía Multinacional de Transporte Masivo S.A.S., en el que se pactó la exclusión de carácter salarial del bono y auxilio bajo estudio, indicó nuestra corporación de cierre a este respecto:

*“Así las cosas, examinada la documental de folios 53 y 154 contentivas de las cláusulas de exclusión salarial suscritas tanto en el contrato de trabajo como en el mutuo acuerdo, de ellas se observa que el sentenciador incurre en los yerros endilgados, pues de allí no se deriva la conclusión a la que llegó, esto es, que los conceptos descritos estaban excluidos del salario por no ser una contraprestación directa del servicio, que de acuerdo a ellas «se refieren más al comportamiento del trabajador que al trabajo en sí mismo y que el valor procedía del cumplimiento de las metas establecidas en el contrato».*

*En efecto, el párrafo segundo de la cláusula séptima del contrato de trabajo establece que a partir de la fecha del acuerdo, por mera liberalidad el empleador podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios o similares, bien por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño o logro de objetivos; **no obstante que allí se establece que las mismas no tendrán el carácter de salario y tampoco serán tenidos en cuenta como factor prestacional, es claro que tales bonificaciones obedecen a una retribución del servicio pues fueron recibidas habitualmente por el trabajador en igual cantidad, sin que su comportamiento, como lo entendió el colegiado le reste tal condición, pues ese es un aspecto subjetivo que consideró el ad quem para negar tal connotación.***

*De otra parte, resulta preciso decir que los auxilios de alimentación, salud y/o educación, debieron haber sido tenidos en cuenta como salario, pues tal beneficio extra, tiene una estrecha relación en su origen con la prestación personal de servicios mediante contrato de trabajo y así debió haberlo razonado el colegiado en su sentencia.*

*En definitiva, la conclusión del Tribunal incurre en la violación de las normas enunciadas en la proposición jurídica, por cuanto le restó connotación salarial a un factor que era inescindible a la prestación del servicio y que por tanto, tenía naturaleza salarial”.  
(Negrilla fuera del texto original)*

Así las cosas, con apego al análisis efectuado respecto del bono de mera liberalidad y el auxilio de salud y/o educación, como del criterio jurisprudencial en cita, se concluye que tales pagos tienen connotación salarial, por lo que en grado de consulta a favor del trabajador, se abre paso



el estudio de cada una de las súplicas que devienen de la declaratoria de factor salarial de los emolumentos bajo estudio, no sin antes abordar lo relacionado con la **excepción de prescripción** propuesta por la demandada; y como quiera que **el contrato finalizó el 26 de marzo de 2015 y la demanda se presentó el 3 de octubre de 2016** (fl.21), los salarios y prestaciones sociales, a excepción de las cesantías y los aportes pensionales, **se encuentran prescritos con anterioridad al 26 de marzo de 2012.**

### Reliquidación de cesantías

A efectos de determinar la diferencia de auxilio de cesantías causada a favor del actor durante la vigencia de la relación laboral, a folios 94 y subsiguientes, aparecen desprendibles de nómina de los que se establece que en una mensualidad del año 2009 y tres del 2010, percibió el denominado *bono por mera liberalidad*; de igual manera a folios 124 y s.s., obran las mismas documentales correspondientes a los años 2011 a 2015, de las cuales se extrae el pago por parte de la demandada del auxilio de salud y/o educación por casi todas las mensualidades de los años 2001 a 2014, de tal manera y atendiendo a la suma pagada por concepto de cesantías de las anualidades en mención y que obran a folios 223 y s.s., se establecerá la diferencia correspondiente, para lo cual se tendrá en cuenta igualmente la base salarial sobre la cual la demandada pagó dicho auxilio, obteniéndose las siguientes diferencias:

RELIQUIDACIÓN AUXILIO CESANTÍAS						
AÑO	CESANTÍAS PAGADAS	SALARIO BASE	VALOR BONO MERA LIBERALIDAD	VALOR AUXILIO SALUD Y/O EDUCACIÓN	CESANTÍAS A PAGAR	DIFERENCIA
2009	\$157.492	\$974.500	\$153.143		\$159.749	\$2.257
2010	\$1.163.439	\$1.008.700	\$685.529		\$1.649.229	\$485.790
2011	\$1.210.054	\$1.060.000		\$3.371.750	\$4.431.750	\$3.221.696
2012	\$1.267.400	\$1.121.000		\$3.415.425	\$4.536.425	\$3.269.025
2013	\$1.312.274	\$1.166.000		\$4.511.238	\$5.677.238	\$4.364.964
2014	\$1.373.213	\$1.122.400		\$4.168.900	\$5.291.300	\$3.918.087
2015	\$328.423	\$1.373.213		\$1.000.844	\$567.136	\$238.713
<b>TOTAL DIFERENCIA</b>						<b>\$15.500.532</b>

### Reliquidación interés a la cesantía

Como se señaló a folios 92 y s.s., obran comprobantes de pago de nómina



allegados por la demandada, de los que se logra determinar el valor pagado al demandante anualmente por concepto de interés a la cesantía y teniendo en cuenta la suma antes determinada por concepto de cesantías, se generan unas diferencias de la prestación bajo estudio así:

<b>RELIQUIDACIÓN INTERÉS CESANTÍAS</b>				
<b>AÑO</b>	<b>INTERÉS CESANTÍA PAGADO</b>	<b>CESANTÍAS A PAGAR</b>	<b>INTERÉS CESANTÍA A PAGAR</b>	<b>DIFERENCIA</b>
27-mar-12	\$152.088	\$4.536.425	\$481.617	\$329.529
2013	\$157.473	\$5.677.238	\$794.813	\$637.340
2014	\$164.786	\$5.291.300	\$740.782	\$575.996
2015	\$9.415	\$567.136	\$18.968	\$9.553
<b>TOTAL DIFERENCIA</b>				<b>\$1.552.418</b>

### **Prima de servicios**

Sobre este punto, revisados los comprobantes de nómina a que se ha aludido en apartes anteriores, se determina que la demandada pagó por tales conceptos sumas muy por debajo de la base salarial señalada en estas mismas documentales, razón por la cual, teniendo en cuenta la base salarial aquí determinada, resultan a favor del trabajador las siguientes diferencias por concepto de prima de servicios:

<b>RELIQUIDACIÓN PRIMA DE SERVICIOS</b>				
<b>AÑO</b>	<b>BASE SALARIAL TOTAL</b>	<b>PRIMA RECONOCIDA</b>	<b>PRIMA A PAGAR</b>	<b>DIFERENCIA</b>
27-mar-12	\$4.536.425	\$154.133	\$2.479.011	\$3.285.989
2013	\$5.677.238	\$676.385	\$5.677.238	\$5.000.853
2014	\$5.291.300	\$673.533	\$5.291.300	\$4.617.767
2015	\$2.374.057	\$328.423	\$567.136	\$238.713
<b>TOTAL DIFERENCIA</b>				<b>\$13.143.322</b>

### **Vacaciones**

A este respecto se tiene que los comprobantes de nómina aportados no dan cuenta del valor pagado por este concepto al actor, razón por la cual se indicará el valor total causado por el mismo, teniendo en cuenta el término prescriptivo que recae sobre este rubro; autorizando a la demandada a



descontar lo pagado por ello en vigencia de la relación laboral al demandante; de tal manera a continuación se detalla el valor anual a pagar por concepto de vacaciones con fundamento en la base salarial realmente devengada:

AÑO	BASE SALARIAL TOTAL	VACIONES A PAGAR
27-mar-11	\$4.431.750	\$1.680.372
2012	\$4.536.425	\$2.268.213
2013	\$5.677.238	\$2.838.619
2014	\$5.291.300	\$2.645.650
2015	\$2.374.057	\$283.568
<b>TOTAL VACIONES</b>		<b>\$9.716.421</b>

#### **PAGO DE APORTES PENSIONALES**

Sobre el particular, como es bien sabido el pago de aportes pensionales constituye un derecho irrenunciable e imprescriptible, razón por la cual, al haberse determinado bases salariales mayores a las reconocidas por la demandada a favor del trabajador, procede condenar a la pasiva al pago de reliquidación de aportes pensionales por la vigencia de la relación laboral determinada con destino al fondo al que se encuentra afiliado el actor para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, teniendo en cuenta para el efecto las bases salariales que se relacionan a continuación:

Año 2009: \$1.127.643

Año 2010: \$1.694.229

Año 2011: \$4.431.750

Año 2012: \$4.536.425

Año 2013: \$5.677.238

Año 2014: \$5.291.300

Año 2015: \$2.374.057

**HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.**

**INDEMNIZACIONES MORATORIAS POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS A UN FONDO Y POR NO PAGO DE SALARIOS Y**



## **PRESTACIONES SOCIALES - ESTUDIO DEL ACTUAR DE LA DEMANDADA**

Peticiona el demandante las dos indemnizaciones en comento; al respecto, quedó demostrado que la sociedad demandada, no consignó a un fondo las cesantías que se causaron al actor en debida forma, aunado a que no pagó de manera correcta las prestaciones sociales a favor de este durante la vigencia de la relación laboral, al desconocer el carácter salarial respecto de los pagos sobre los cuales versó la exclusión de tal connotación como lo fueron el bono de mera liberalidad y el auxilio de salud y/o educación.

Es así como la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que la indemnización por no consignación de sentencias a un fondo, al igual que la prevista en el artículo 65 del CST, están sujetas al estudio del actuar del empleador moroso, así lo señaló en sentencia SL 3858 de 2020, por lo que el despacho analizará si la conducta omisiva de la demandada en la indebida consignación de auxilio de cesantías y pago deficiente de prestaciones sociales, estuvo revestida de mala fe, esto es, que si de manera caprichosa se quiso sustraer de las obligaciones por ley conferidas en su calidad de empleador, en aras de determinar la procedencia de las indemnizaciones peticionadas.

Sobre el particular, los demás magistrados que conforman la Sala, desestimaron las razones de la suscrita para imponer condena por las indemnizaciones bajo estudio, ya que a su juicio, las razones de la sociedad demandada de realizar pactos de exclusión salarial con el trabajador, si bien resultan equivocadas, son atendibles y ello ubica su actuar en el campo de la buena fe, razón por la cual, debe ser **absuelta** de dichas condenas; aspecto sobre el cual, la ponente, **salva voto**.

### **Indexación**

Ante la improcedencia de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, se ordenará el pago indexado de las sumas objeto de condena.



**Sin costas** en el grado jurisdiccional, las de primera a cargo de la demandada.

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia consultada para en su lugar CONDENAR a la demandada SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S., a pagar al demandante los rubros que se relacionan a continuación:

- a) La suma de \$15.500.532, por concepto de reliquidación de auxilio de cesantía.
- b) La suma de \$1.552.418, por concepto de reliquidación de interés a la cesantía.
- c) La suma de \$13.143.322, por concepto de reliquidación de primas de servicio.
- d) La suma de \$9.716.421, por concepto de vacaciones, autorizándola a descontar lo pagado por este concepto al trabajador, debiendo indexar la diferencia resultante al momento de su pago.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada a efectuar el pago de las sumas antedichas, de manera indexada, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada al pago de reliquidación de aportes pensionales por la vigencia de la relación laboral determinada con destino al fondo al que se encuentra afiliado el actor para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, teniendo en cuenta para el efecto las bases salariales señaladas en el aparte pertinente de esta providencia.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de demanda.



**QUINTO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia consultada.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta el grado jurisdiccional, las de primera a cargo de la sociedad demandada.

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

**(Salva voto respecto de la absolución por concepto de indemnizaciones moratorias)**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado

ACLARACION VOTO: Considero que la demandada tenía razones atendibles aunque fueran equivocadas para excluir de la base de liquidación de los derechos del demandante las sumas sobre las cuáles se pactó exclusión salarial. Tan atendibles son que la misma Sala Laboral de la CSJ las ha aceptado.

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2018-020-01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

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

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora JOHANA ALEXANDRA DUARTE, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de febrero de 2020.

**ALEGACIONES**

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

### **ANTECEDENTES**

La señora ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE NULO el traslado de régimen pensional que efectuara por intermedio de Horizonte S.A., el 1 de noviembre de 1996, de igual forma, se declare la nulidad del efectuado a Porvenir S.A., el 1 de julio del 2000; como consecuencia de tales declaraciones, peticona se ordene a Porvenir a trasladar a órdenes de Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual. (fls. 29).

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 5 de septiembre de 1966, por lo que actualmente cuenta con 51 años de edad, que ingresó a laborar para la hoy Aerocivil el 4 de marzo de 1987, data para la cual empezó a cotizar para los riesgos de IVM, realizando aportes entre esa fecha y 31 de octubre de 1996 en Cajanal, que el 1 de noviembre de dicha anualidad se trasladó a la entonces Horizonte Pensiones y cesantías y de allí a Porvenir S.A. en el año 2000, que a partir del 1 de enero de 2014, la administradora Porvenir, absorbió a Horizonte S.A., y el 12 de agosto de 2014, solicitó a esta traslado de fondo pensional al RPM, el que fue negado por encontrarse a menos de 10 años para adquirir la edad de pensionarse.

Afirma que los asesores de Horizonte, ni de Porvenir, le brindaron una asesoría completa soportada con proyecciones en cuanto a su situación pensional, no le indicaron ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, faltando así al deber del buen consejo. (fls. 4 a 8).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 4, 5, 8, 9; referentes a la fecha de nacimiento de la actora y los traslados de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

esta al RAIS y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada. (fl. 49).

Por su parte, Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, a 10 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 83).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad del traslado realizado por la demandante al RAIS el 26 de octubre de 1996; como consecuencia, ordeno a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; ordenando a esta última, recibir los mismos y ajustar la historia laboral de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir S.A. (fl. 131)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

*Sobre la ineficacia del traslado al RAIS, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083 del 3 de septiembre de 2014, radicado 46292 del 18 de octubre de 2017, SL17595 y la más reciente SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852, en lo que la información de las AFP deben suministrar a sus afiliados, en esta última indica: desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores reglas del mercado. En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte; de allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y formadas en la ética del servicio público. Con estos argumentos la sala ha defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Según se pudo advertir del anterior recuento las AFP desde su creación tenían el deber de brindar a los afiliados o usuarios del sistema a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesario al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Lo anterior es relevante pues implica la necesidad por parte de los jueces de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Así mismo, en cuanto al simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación, dicha corporación en proveído en comento expresó: "Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado; la Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones preimpresas consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, los cuales no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado"; de esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes de hacer un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Ahora, en lo referente a la carga de la prueba, expone la corte que la misma se invierte a favor del afiliado a saber. Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quien le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando ello se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, en consecuencia, si se arguye que la afiliación la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligación de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En este sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta, entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó, dado que es quien está en la posición de hacerlo. En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de lo que se sigue que es el fondo de pensiones al que le corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado del régimen pensional.

Finalmente, en lo atinente a la nulidad del traslado, solo para las personas que están ad portas de causar el derecho o ya lo causaron, la corporación de cierre en la especialidad laboral en la sentencia en comento, refirió, "tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Lo anterior se repite sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en si mismo, esto desde luego teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto". De lo anterior, se colige entonces que es obligación de las administradoras



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso la de anteponer los derechos del trabajador, su interés propio de ganar un afiliado; pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica per se que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar el afiliado para el mismo, lo cual no prueba que la información se haya suministrado. Luego, son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba de demostrar que brindaron la información en los términos anotados por la jurisprudencia en comento.*

*Las personas que se encontraban cotizando a la extinta Cajanal, también lo es que estas cotizaciones deben ser trasladadas al único fondo de régimen de prima media, que es Colpensiones de conformidad con el artículo 4 del decreto 2196 de 2009, que al respecto dispone: La Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EI CE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la administradora del régimen de prima media del instituto de seguro social; igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se tratan de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado. Se observa entonces que en efecto la accionante se trasladó del RPM administrado por Cajanal, al de ahorro individual con solidaridad el 26 de octubre de 1996, folio 24, cuando efectuó la solicitud de traslado hacia Horizonte, hoy AFP Porvenir, y se hizo efectivo el 1 de diciembre de 1996, tal como se verifica en el reporte de Asofondos visible a folio 94. Bajo esta perspectiva, es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP Porvenir, pues esta tenía que demostrar qué tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado, la afiliación a esta y si la misma fue veraz, además de comprender las consecuencias tanto negativas como positivas de su decisión y como ello no sucedió, de ahí que el traslado se haya tomado nulo. Nótese que Porvenir s.a. dentro de las pruebas arrimadas no aportó la hoja de vida de quien brindó la asesoría con el fin de que esta juzgadora pudiese dentro de su sana crítica evaluar si contaba con la experticia necesaria para explicar en debida forma las consecuencias positivas y negativas del traslado, tampoco demostró el fondo privado las capacitaciones que le brinda a sus asesores, previo a ser contratados para cumplir este fin, pues brilló por su ausencia un material probatorio de una política clara, de una debida información para el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual. Y no es que esta juzgadora los imponga como tarifa legal para demostrar que en efecto se cumplió con el deber de asesoría, sino que refiere algunas pruebas adicionales a la confesión que pretenden los apoderados se realice por parte de la actora de haber recibido una completa asesoría.*

*Tampoco es de recibo que no pueda prosperar la ineficacia del traslado el hecho de que la única motivación por la cual la parte accionante activa el sistema judicial es mayor valor en su mesada pensional, no es correcto que bajo dicha premisa los fondos de pensiones que tienen la obligación social frente al derecho pensional escuden su negligencia. Ahora, respecto a Colpensiones, es claro que la aludida nulidad implica que esta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP del RAIS y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, así lo indico también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveído del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083 y el 3 de septiembre de 2014, radicado 46292, esta última en la cual indicó: “esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al RPM administrado por el ISS, habida cuenta que de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional, las consecuencias de la nulidad de vinculación del actor a la administradora de pensiones del régimen individual por un acto indebido de esta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley”, de conformidad con lo que se pasa a decir; La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara, la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

sentencia. De esta manera, la nulidad de la vinculación acarrea la del acto del reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto, la administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.

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

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada **Colpensiones**, indicó:

*En primera medida, señalar y reiterar en este recurso que los procesos de nulidad de traslado, al ser procesos genéricos, los llama este apoderado judicial, son procesos genéricos, porque la jurisprudencia está decantada sobre estos temas, sin embargo, en el caso concreto se han encontrado algunos supuestos probatorios, algunos supuestos fácticos comprobados, lo cual hace que el proceso que seguimos en esta instancia tenga características subjetivas especiales, las cuales hay que tener en cuenta. Señaló la actora en su demanda que el hecho generador o la génesis del presente proceso se trata acerca del supuesto engaño la supuesta falta al deber de información por parte de la AFP privada Porvenir al momento de su traslado de régimen, respecto a eso, en la presente audiencia se pudo dilucidar que esa no es la principal motivación del aquí demandante para iniciar el proceso de nulidad de traslado, sino que su principal motivación es el valor de su mesada pensional con el RAIS. Respecto a eso hay que analizar diferentes puntos. Primero, la aquí demandante no conoce cuál va a ser su mesada pensional en el régimen de ahorro individual, ni tampoco conoce cuál va a ser su mesada pensional en el RPM, si ese argumento lo quisiéramos conectar con el hecho generador de la nulidad del traslado, es decir, un engaño, una falta al deber de información, nos damos cuenta que al momento del traslado, incluso años después, era imposible por parte de cualquier administradora, señalarle cual era el valor de su mesada pensional o cuál iba a ser el valor de su mesada pensional, porque sabemos todos que el valor de la masada pensional fluctúa entre número de semanas cotizadas, ingreso base de cotización, promedios de ingresos bases de cotización, e incluso los promedios del ingreso base de liquidación, entre otros, como por ejemplo beneficiarios del régimen de transición, tasas de reemplazo etc... Al momento de la afiliación del régimen de la aquí demandante ni años después era imposible conocer ese valor, era imposible conocer porque estas variables que acabo de mencionar fluctúan en el tiempo y son imposibles de suponer en un futuro, nadie puede saber si en el futuro va a seguir trabajando, nadie puede saber cuál va a ser su sueldo o su salario en el futuro, eso es imposible, entonces si conectamos ese hecho motivador con el hecho generador que señala el ad quo en su sentencia, no encontramos ninguna conexión ni ningún yerro que permita coincidir estos dos tipos de argumentos.*

*En tal sentido, brilla por su ausencia entonces el soporte probatorio donde podamos dilucidar la relación entre las mesadas pensionales de un régimen u otro, o cual va a ser el valor exacto de estas mesadas y en ese sentido entonces no podríamos saber si se está vulnerando el derecho pensional aquí demandante. Esto lo menciono para que los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá analicen este caso de manera subjetiva y con particularidades o características propios del caso mismo. De otro modo, fallar sobre suposiciones o sobre supuestos fácticos que no han sido probados pues vulneraría en el derecho al debido proceso, el cual es un derecho fundamental que si bien señalamos que el derecho laboral es un derecho protector, respecto al trabajador, pues no podemos dejar de vista que al demandado o a los demandados no puede coartársele ningún otro derecho fundamental en pro de salvaguardar derecho de trabajadores. Declarada la nulidad de traslado entonces, se estaría generando un daño*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*grave al sistema general de pensiones de prima media, entre tanto la descapitalización del sistema es inminente, por razones ya expuestas en situaciones anteriores.*

Por su parte, **Porvenir**, recurrió señalando:

*El objeto de dicho recurso versará sobre los siguientes puntos: primero, la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional, segundo lo correspondiente a la devolución del capital que se encuentra en la cuenta de la demandante y tercero la consecuencia sobre costas y agencias en derecho. En primera medida, es de indicar que, el traslado de régimen se llevó a cabo o se hizo efectivo a partir del año 1996, octubre de 1996, época en la que la demandante contaba con 30 años, momento como lo mencioné en los alegatos de conclusión en la que no tenía una situación pensional consolidada y así mismo pues no era ni beneficiaria del régimen de transición ni estaba excluida por ministerio de la ley del RAIS, razón por la cual no le es aplicable el precedente jurisprudencial que ha venido construyendo la Corte Suprema de Justicia en lo que corresponde a las nulidades de traslado de régimen pensional, toda vez que en estos casos sólo se ha pronunciado en situaciones donde la beneficiaria tenían régimen de transición o estaban excluidos por ministerio de la ley del RAIS, situación que en primera instancia hace que sea inaplicable dicho precedente judicial a la demandante. En segunda medida, es preciso anotar que el deber de información de las AFP ha venido mutando a lo largo del tiempo que ha estado vigente dicho régimen, razón por la cual la exigencia en lo que corresponde a información a las AFP no es la misma que se exigía hoy o a la que se exigía hace 25 años; de ahí que mi representada cumplió con el deber para la época que era prestar una asesoría verbal en la que si era información clara, veraz y oportuna sobre las características de dicho régimen, y que en tal medida, el documento o la formalización de dicho acto jurídico se encuentra en el formulario de afiliación que como lo admite en el interrogatorio de parte la demandante firmó de manera voluntaria y sin presiones, hecho este que también debe ser tenido en cuenta y que pues desvirtúa cualquier solicitud que se centre en la ineficacia del acto en comento, toda vez que dicha consecuencia jurídica solo se aplica en caso tal que el traslado de régimen pensional se haya dado bajo presión, coacción, situación que no se encuentra, tal cual como ya lo manifestó, toda vez que fue voluntario. Así mismo, indicó que firmó sin ninguna presión el formulario, por otra parte, es de manifestar que para la época en que se realizó dicho traslado no era exigible a mi representada realizar proyecciones pensionales, no solo porque la ley no existiese la obligación tal, sino que para la época de la realización de una proyección pensional generaría un resultado que distaría del que se hubiese obtenido el día de hoy, toda vez que no se conocía ni el ingreso base de liquidación ni los aportes, el flujo de aportes que ella tendría en su cuenta de ahorro individual, tampoco se sabía si hay aportes voluntarios o no, ni cual sería su modalidad pensional, ni cual serían los factores o la situación económica puntual que afectaría el reconocimiento de su situación pensional y afectar me refiero a que las variables económicas que estarían vigentes o que se presentarían en ese momento para dicho reconocimiento pensional, además es de recordar que pues para una afiliada que le quedan mas de cerca de 25 años para consolidar su derecho a la pensión, tener información certeza o precisa sobre cuál sería su mesada pensional en uno u otro régimen era imposible para cualquier administradora. En lo que corresponde en la segunda parte materia de recurso, esto es, la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual para mi representada, pues no hay lugar a la devolución o no considera que sea necesaria o no hay fundamento jurídico para la devolución de los gastos de administración de la cuenta de ahorro individual, toda vez que dichos gastos de administración tienen como función cubrir o remunerar la gestión cumplida de buena fe por parte de mi representada, que muestra de ello es que el tiempo de permanencia de la afiliada, tiempo en el cual tuvo oportunidad de ver los rendimientos financieros que se generaron en su cuenta de ahorro individual y que hoy son lo que permiten la consolidación de su derecho pensional, así mismo es de indicar que en tal caso que se retrotrajeran los efectos del negocio jurídico en comento y se condenase a la consecuencia de regresar los gastos de administración es reconocer que por más de 24 años la demandante no tuvo cubiertos ni sus riesgos de vejez, invalidez y muerte, toda vez que esos gastos de administración lo que permiten es a mi*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*representada cubrir esa gestión que genera o que realiza sobre esos recursos para que se multipliquen, generen mayores rendimientos financieros y al cabo del tiempo pueda hacerse el reconocimiento pensional.*

*Así mismo, es de indicar que sobre el particular la superintendencia financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2020 se pronunció al respecto y dijo que la devolución de los gastos de administración a las cuentas de ahorro individual de los afiliados generaría un efecto tal de crear la ficción jurídica de decir que la demandante no estuvo afiliada, ni tuvo cubiertos sus riesgos de invalidez y muerte por mas de 25 años o el tiempo que hubiese durado vinculada con mi representada, y en lo que corresponde a los rendimientos financieros es de indicar que estos solo se generan en el régimen de ahorro individual, razón por la cual, la devolución de estos gastos la dejaría en una situación diferente a la que se encontraría si se hubiese permanecido incólume su afiliación al régimen de prima media, razón por la cual las consecuencias jurídicas no se compadecen o no están acordes al efecto jurídico o a la situación que se pretende declarar en el presente fallo, en ese sentido y en lo que corresponde a las condenas en costas y agencias en derecho, desvirtuadas las dos anteriores, es natural que no se condene a mi representada toda vez que debe ser absuelta.*

### **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 26 de octubre de 1996, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 24 y 92 del plenario, allegadas por la demandante y la demandada Porvenir S.A.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Elcy Martínez, 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., entonces Horizonte Pensiones



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

y Cesantías a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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)*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., y por Colpensiones en sus 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 hoy Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Elcy Martínez, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora.

Es así como en estos casos, y contrario a lo manifestado por la demandada Colpensiones en su recurso como en alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que alegó la nulidad del traslado bajo estudio, por omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se afilió; razón por la cual, 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.*

De igual manera, en cuanto al argumento de Colpensiones según el cual, la demanda se soportó en el valor de la mesada pensional en uno y otro régimen pensional, ello no es óbice para el estudio de esta acción conforme lo señalado en precedencia, ya que se itera, las pretensiones principales, devienen de la falta al deber de información por parte de la AFP del RAIS demandada.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Porvenir S.A. para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

*“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió.

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

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 información a este respecto, de tal manera, el traslado ante dicho, no se puede considerar libre y voluntario como lo manifiesta Colpensiones en sus alegaciones; circunstancia que impone **modificar** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar, declarar la **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio, indicando que como quiera que se concluye que Porvenir fue vencida en juicio, no hay lugar a modificar la condena en costas a su cargo.

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

**Sin costas** en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22201800020-01 Dte: ELCY MARTÍNEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante Elcy Martínez González, a la entonces Horizonte Pensiones y Cesantías el 26 de octubre de 1996.

**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**

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
**MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 18-2018-251-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAIME URUEÑA ANDRADE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de febrero de 2020.

**ALEGACIONES**

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

**ANTECEDENTES**

El señor JAIME URUEÑA ANDRADE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIIME URUEÑA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

existencia de vicio en su consentimiento que lo indujo en error al momento de firmar el formulario de afiliación a favor de la AFP Protección, se declare la nulidad o invalidez de dicho acto de traslado y que continúa afiliado a RPM administrado por Colpensiones, que Porvenir S.A., debe retornar a Colpensiones todos los aportes por él efectuados durante su afiliación al RAIS; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Protección tener por nula o inválida su afiliación al régimen que administra, a Colpensiones recibirlo como afiliado, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de aportes depositados en su cuenta de ahorro individual. (fls. 3 y 4).

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 23 de abril de 1952, que para el año 2000, laboraba para la Contraloría de Cúcuta y en la sede en que desempeñaba su labor, se realizó una visita por parte de los asesores de AFP Protección S.A., que uno de ellos, le ofreció trasladarse a dicho fondo y realizó únicamente dos visitas a su sede de trabajo para persuadirlo a él y a sus compañeros de efectuar dicho traslado de manera grupal, sin que se les explicara en dichas ocasiones las ventajas y desventajas de pertenecer a dicho régimen, contrario sensu, les indicaron que sólo trasladarían sus cesantías, pero no sus aportes pensionales, no obstante quedó desde dicha anualidad afiliado al RAIS, que la administradora Porvenir S.A., a la cual se encuentra actualmente afiliado, proyecta un monto de mesada pensional de \$1.603.500, cuando alcance los 80 años de edad, mientras que si se encontrara afiliado en Colpensiones, cuando alcance los 68 años de edad, su mesada pensional, ascendería a \$2.326.477; siendo evidente que el RPM, le es más favorable a su situación pensional.

Afirma que revisando el contenido de su historia laboral, realizó cotizaciones al RPM entre el 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2011, sin que hubiere oposición alguna por parte de Porvenir ni de Colpensiones, hecho respecto del cual, se puede presumir una aceptación tácita de su afiliación por parte de la última administradora en mención; refiere que el 17 de agosto de 2012, radicó



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUEÑA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

ante Porvenir solicitud de traslado por multifiliación, la que no fue resuelta, que el 26 de octubre de 2015, presentó ante Colpensiones solicitud de traslado por múltiple vinculación, entidad que le respondió de manera negativa a su petición, que nuevamente elevó dicha solicitud ante Porvenir S.A., sin recibir respuesta alguna al respecto.

Señala por último que el 9 de diciembre de 2016, elevó derecho de petición ante Colpensiones solicitando nulidad de traslado al RAIS, a lo que dicha entidad le señaló que su afiliación a ese régimen se hizo con observancia de los parámetros legales, igual solicitud elevó ante Porvenir, sin obtener respuesta alguna a ello. (fl. 94).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 15, 16 y 17; referentes a la fecha de nacimiento del actor, las solicitudes elevadas por este ante dicha administradora ya las respuestas emitidas a las mismas; manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social. (fl. 229).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1 a 4, negó los No. 6, 7, 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 del SGSSP. (fl. 144).

PORVENIR S.A., aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 8, 9 y 20; negó los No. 11, 12, 14 y 17 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir, buena fe y enriquecimiento sin causa (fl. 241).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR INEFICAZ la afiliación suscrita por el demandante el 1 de febrero de 2000 a Protección SA, declarando que para todos los efectos, el actor nunca se había trasladado a dicho fondo, ordenó a Protección S.A. y Porvenir S.A., a trasladar todos los dineros depositados por el actor en la cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a recibir dichos dineros, condenando en costas a las dos administradores del RAIS en mención. (fl. 282)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

*A efectos de resolver el problema jurídico, el despacho aborda los siguientes temas: primero, de la nulidad o ineficacia del traslado. Solicita la parte demandante que se acceda a la nulidad del traslado, comoquiera que al momento del mismo, la AFP Protección s.a. no le explicó al demandante todos los efectos del traslado y como consecuencia debe traer la nulidad del mismo. Es importante resaltar en este punto que la parte demandada se opone a tal decisión, comoquiera que en su sentir hubo prescripción desde el momento en que se solicitó el traslado a la fecha en que se efectuó el mismo, aunado a que el demandante no pertenece al régimen de transición y se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Sobre este particular, la Corte habla de términos como la ineficacia, nulidad e invalidez del traslado, conviene hacer precisión de cada uno de esos conceptos. Se habla de ineficacia del traslado cuando se ve inmersa en la afectación de la voluntad del cotizante en la afiliación y no existe decisión informada por parte de la AFP; ver sentencia SL12316 2014, radicación 46292, Se habla de traslado inválido inocuo o irrelevante cuando el tiempo mínimo de servicios para la obtención de la pensión de vejez se haya cumplido, quedando solo pendiente el cumplimiento de la edad si el afiliado tiene mas de 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, ver sentencia SL13280 de 2014, radicación 41187; y finalmente se habla de traslado nulo o simplemente nulidad del traslado, cuando el afiliado habiendo alcanzado el derecho a obtener la pensión en el régimen de prima media y a pesar de informar a la AFP el contenido de su historia laboral y su edad, la misma emite la afiliación sin enterarle de las reales consecuencias de su afiliación, ver sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31314. Aplicados tales conceptos a al caso de marras, el despacho entonces procede a señalar que ha sido variada la jurisprudencia emitida por la honorable Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, en la cual ha referido al traslado y nulidad del mismo o ineficacia del mismo así: en sentencia del 9 de septiembre de 2008, magistrada ponente Pilar Cuello Carrero, radicación 31314 sobre el traslado la corte dijo: “la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.” En sentencia del 9 de septiembre de 2008, magistrado ponente Eduardo López Villegas radicación 31989, también sobre la nulidad o ineficacia del traslado, la corte dijo: “en estas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino los indicios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporción a todo aquello que resulte relevante para tomar la decisión que se persigue.” Y en sentencia del 3 de septiembre de 2014, magistrada ponente Elcy del Pilar Cuello Calderón, radicación 46292, también sobre la nulidad del traslado la corte señaló: “solo a través de la demostración de la existencia de libertad informada para cambio de régimen es que el juzgado puede avalar su transición cuando se trata de demostrar razones para verificar su anulación por distintas causas prácticas y no determinar que hubo ineficacia en el traslado.” Precedentes jurisprudenciales que en su momento el despacho había acogido en criterio anterior, señalando que dichos precedentes eran válidos siempre y cuando el demandante tuviera una mera expectativa para pensionarse y perteneciera al régimen de*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

*transición, aunado que el deber de información en su momento consideraba este despacho había aparecido desde el decreto 2071 de 2015 y la ley 1448 de 2014, y señalaba también este despacho en su momento que el consentimiento debe ser debidamente demostrado en cuanto a su vicio y que la simple firma del demandante en el formulario de afiliación pues no es criterio totalmente valido a efectos de señalar que hubo una nulidad o ineficacia del traslado.*

*No obstante, este criterio que había sido edificado por parte de este despacho en fallos anteriores, hoy en día se tiene que reevaluar, en consideración a que la Corte Suprema de Justicia ha emitido diferente línea jurisprudencial que se señala posteriormente, y en especial en sentencia del 8 de mayo de 2019, radicación 68838, magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas, en la cual cada uno de los puntos señalados anteriormente fueron reevaluados por la alta corporación así: primero, respecto al deber de información la corte señala que ese mismo deber de información existe desde el decreto 663 de 1993, denominado estatuto orgánico del sistema financiero, en el cual en su artículo 97 existe la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan una información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realice, así lo señaló el alto tribunal: “De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.” De la misma manera el despacho debe señalar que en cuanto a la expectativa legítima de obtener una pensión en el régimen de transición también la corte consideró en su momento hacer precisión respecto de que ese requisito no está establecido ni por la ley, ni por la jurisprudencia, así lo señaló el alto tribunal en la jurisprudencia ya mencionada anteriormente: “Tal argumento es equivocado respecto de la exigencia de obtener una pensión, obtener una legítima expectativa o pertenecer al régimen de transición, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una FP por incumplimiento del deber de información. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.”*

*De la misma manera, el despacho debe señalar respecto del simple consentimiento vertido en el formulario, considera también la Corte en ese punto que el mismo no es suficiente, comoquiera que debe existir una decisión plenamente informada de los efectos del traslado y finalmente respecto de la carga de la prueba, la Corte también traslada la misma a la AFP, pues considera que es la que está en mejor postura para probarlo, así lo señaló también la Corte en precedente jurisprudencial antes reseñado que el despacho acogerá en su totalidad como quiera que es un precedente reiterativo de parte de la alta corporación, expuesto entre muchas otras en sentencias, del 8 de mayo de 2019, radicación 68838, sentencia del 3 de abril de 2019, radicación 68852, sentencia del 8 de mayo de 2019, radicación 65791, sentencia del 14 de agosto de 2019, radicación 76284, sentencia del 9 de octubre de 2019, radicación 68852 y sentencia del 2 de septiembre de 2019, radicación 106180, esta última magistrado ponente Jaime Moreno de la sala de casación penal, con ocasión de una sentencia de tutela que se conoce por dicha entidad; así las cosas, el despacho entonces variará de criterio respecto del asunto que hoy nos ocupa y acogerá este precedente ya mencionado anteriormente al caso en particular.*

*Verifica entonces el despacho que la parte demandante como ya se señaló argumenta desde su demandada que no recibió información clara y concreta respecto del traslado, al respecto el despacho debe señalar que obra dentro de esas diligencias el interrogatorio*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

*de parte rendido por el demandante, que si bien es cierto el despacho puede señalar en este punto que dicho interrogatorio es bastante confuso respecto de las respuestas que el mismo entregó e incluso contradictorias, no es menos que en últimas logra establecer el despacho que el señor demandante no recibió ningún tipo de información respecto de los beneficios de realizar el traslado o sus desventajas en su caso en particular, y si bien es cierto, a folio 199 del expediente obra formulario de afiliación por parte de la AFP Protección s.a. de fecha 1 de febrero del 2000, no es menos que como lo ha señalado la honorable Corte Suprema de Justicia, se trata de un consentimiento del demandante pero no informado, por lo que bajo esa misma línea le correspondía entonces en este caso a las AFP demandadas demostrar que efectivamente el demandante recibió una información clara y precisa respecto de los régimen en el cual se estaba trasladando, condición que el despacho considera las demandadas no se allanaron a cumplir, pues dentro del presente trámite, insiste este despacho, las demandadas simplemente aportaron los formularios de afiliación, documentos que como ya se mencionó en líneas anteriores, a juicio de la corte, no son suficientes a efectos de tener por demostrado el consentimiento informado, por tal razón, el despacho entonces deberá concluir que la AFP protección s.a. y la AFP Porvenir s.a. incumplieron su deber de información y por consiguiente se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al régimen de ahorro individual, o más bien que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, tal como lo señala la línea jurisprudencial señalada en precedencia. Bajo esta línea, condenará el despacho a las AFP en mención a trasladar todos los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta de ahorro individual y pasarlos a Colpensiones con el fin de que esta última reactive la afiliación y tenga como semanas efectivamente cotizadas los tiempos del demandante, ese traslado de dineros se hará junto con los rendimientos financieros y gastos de administración de conformidad con la línea jurisprudencial señalada por la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4964 de 2018 y SL4989 de 2018, los cuales estarán a cargo de los propios recursos de cada una de las AFP demandadas.*

*Proponen las partes demandadas la excepción de prescripción bajo el artículo 2536 del código civil, pues entre la fecha en la que el demandante se trasladó y la que solicita su ineficacia, transcurrieron más de 10 años. Sobre este particular también la Corte señala que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, en la medida en que la corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe que un hecho ocurrió de determinada manera, no es objeto de prescripción, así lo señaló la alta corporación en sentencia SL39347 del 6 de septiembre de 2012 y sentencia SL12715 de 2014; por lo anterior el despacho entonces declarará no probada la excepción de prescripción y se relevará de los demás medios exceptivos.*

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada **Porvenir**, indicó:

*Respecto la ineficacia, quiero llamar la atención de los honorables magistrados de que no hay una congruencia entre el libelo de demanda y lo manifestado en interrogatorio de parte por el demandante, y en este sentido encuentro muy preciso indicar que nosotros tenemos que ceñirnos a lo que se prueba dentro del proceso, si bien la Corte Suprema de Justicia ha previsto que la carga de la prueba recae en cabeza de las demandadas respecto a que se brindó información cierta, oportuna y veraz, no menos cierto es que esta carga de la prueba sea dirigida en contra de no sólo los intereses de las administradoras de fondo de pensiones acá presentes sino también contra los intereses de los pensionados en el RPM, pues en criterio del suscrito, encuentro que el interrogatorio de parte se encuentra amañado, falta a la verdad, e inducido en todo caso para que se adecúe con lo dispuesto por las múltiples sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y en todo caso para el suscrito acá creo que esto es una falta de decoro por parte del abogado demandante, pues en todo caso uno de los principios de nuestra profesión es siempre asistir a la verdad, siempre asistir a la justicia, siempre honrar nuestra profesión y en mi*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

*criterio creo que el interrogatorio de parte lo único que quiere dar a entender y que induce al ad quo es a dictar una sentencia en la cual se condena a mi representada y a la codemandada Protección a que se declare la ineficacia del traslado y consecuentemente al traslado de régimen. En este sentido, quiero también llamar la atención de los honorables magistrados en cuanto a que como lo manifestó en el interrogatorio de parte, el demandante para el momento de la afiliación en el año 2000, primero, no le interesaba su expectativa pensional, segundo, como lo manifestó tenía conocimiento de que sus aportes en el régimen de ahorro individual con solidaridad le generaba rendimientos, y en este sentido y de acuerdo con estos dos supuestos, pues no se hace falta a la realidad que el demandante en vista que tiene resuelta su vida y que sus aportes pensionales le pueden generar rendimientos pues porque no afiliarse en el RAIS, teniendo en cuenta que en ningún momento le interesaba pensionarse, entonces además de eso de forma deliberada lo indicó y negligente firmó el formulario de afiliación.*

*Al respecto es preciso señalar que mi representada siempre ha cumplido con el deber de información respecto de las condiciones, características, consecuencias de los traslados de regímenes pensionales y en todo caso siempre le ha asistido a sus afiliados mediante múltiples canales de atención para que estos resuelvan sus dudas, y en este sentido es muy notable indicar que el demandante pudiendo realizar el traslado de régimen pensional como lo hizo de protección a Colpatria no lo hizo, porque, tan simplemente y tan sencillo como que en este régimen encontraba el más beneficioso para su interés porque no le interesaba acceder a una pensión mínima, ni en cualquiera de sus figuras previstas por la ley 100, y en este sentido también quiero llamar la atención de los honorables magistrados y es que no se puede condenar a la representadas ni tampoco al resto de beneficiarios del régimen de prima media, porque si, porque eso es lo que aduce el aquí demandante, el demandante aduce lo que pasa es que yo no tengo ni siquiera razones por las cuales solicitar el traslado de régimen pensional, en este sentido, por último es preciso indicar que mi representada en ese momento no tenía el deber de documentar ningún tipo de información y mas aun cuando se brindó de forma verbal, tan solo reposa la prueba reina de los múltiples traslados que efectuó el aquí demandante y la información que de deposita, como también el asesor comercial que lo asistió en el formulario de afiliación en el cual de forma libre, voluntaria señaló en voluntad de afiliación con su firma y en este orden de ideas le solicito al honorable tribunal que se revoque la decisión proferida por el ad quo.*

Por su parte, **Colpensiones** indicó:

*Lo primero que debo considerar o advertir desde mi punto de vista es que no se probaron los vicios del consentimiento que se están alegando por parte del demandante, pues no se logró demostrar los supuestos de hechos que se alegaron en el libelo demandatorio, tanto así que con el interrogatorio de parte recepcionado al demandante, prueba que hace parte integral del proceso, no se logró obtener claridad en el asunto de lo pretendido o lo que se manifestó como o se alegó como vicio del consentimiento o inducción o error para que el demandante firmara el traslado de régimen pensional, pues todo como incluso este despacho lo admitió, todo el interrogatorio de parte recepcionado y después donde el deponente fue confuso, incluso confuso con los hechos propios de la demanda, pues siempre se dio a entender que nunca suscribió el formulario de afiliación ante las AFP frente a un asesor, sino que lo hizo de manera, no sé, espontánea, sin asesoría alguna, o sea, no puede haber una falta de información o un engaño o una inducción al error cuando ni siquiera se tiene un asesor que esté guiando tal solicitud o tal requerimiento de traslado, y en ese orden de ideas al no existir una persona que induzca a ese error, no puede advertirse un vicio en el consentimiento, tal como lo afirma la parte demandante en su escrito demandatorio, y es que tales confusiones dentro de lo que se expone en el interrogatorio de parte como lo que se expone en la demanda no logra evidenciar entonces una coherencia entre sí, lo que permite entonces hasta desvirtuar o genera muchas dudas frente a la solicitud de la demanda.*

*De igual forma, debe entenderse o debe tenerse en cuenta que el demandante no presentó inconformidad alguna con el RAIS, tanto así que realizó traslados horizontales dentro del mismo régimen, lo que evidencia que se encontraba contento, se encontraba*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

conforme dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues la inconformidad que se presenta ahora lo es simplemente frente a la mesada pensional que no implicaría un vicio en el consentimiento, tal como se quiere hacer ver al despacho. Debe tenerse en cuenta que el demandante también se encuentra dentro de la prohibición legal establecida en la ley 797 de 2003, que una sentencia condenatoria o que declare la ineficacia de un traslado que a juicio mío es totalmente eficaz, atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera, pues no es justo que el demandante pretenda ahora desconocer que se encontraba cotizando durante toda su historia laboral, dentro del RAIS, para ahora beneficiarse de las características propias del régimen de prima media sólo porque no le es conveniente en este momento de la vida la mesada pensional o las características del RAIS, tal como lo mencionó, incluso en el interrogatorio de parte que lo que menos le interesaba en su momento era la mesada pensional o el tema pensional, lo que evidentemente deja a la vista una negligencia por parte del mismo demandante de la cual ahora quiere beneficiarse y es que tal negligencia no puede ser ahora la excusa para poder decir que un vicio en el consentimiento cuando tuvo oportunidad dentro de muchos años posteriores a la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, para trasladarse nuevamente al RPM, acto que no realizó el demandante por su propia voluntad, simplemente porque no quiso, no le interesaba estar en el RPM.

#### La demandada **Protección** señaló:

Habitualmente como apoderado de protección en torno a estas apelaciones, siempre la apelación era parcial, por cuanto que se hace una imposición en este caso la devolución de unos gastos de administración, pero dadas las resultas del proceso y de la práctica de las pruebas que aquí se tuvieron, esta apelación será sobre la integralidad de la decisión del juzgador de primera instancia, y quisiera básicamente partirlo en dos o tres elementos que son los importantes, pues en este caso para los intereses de mi representada. En primera circunstancia, no es dable, no tiene ningún tipo de sustento la imposición dada por el juzgador de primera instancia, respetuosamente lo digo, en torno a la condena de devolver los gastos de administración a Protección, por cuanto Protección hoy por hoy no tiene ningún tipo de vínculo contractual con el accionante, esto, con ocasión a la solicitud efectuada por el mismo de trasladarse a la AFP porvenir, AFP que es su administradora actual, por lo que Protección para ese traslado ya efectuó todos los movimientos, todos los factores administrativos que tenía que adelantar en torno a hacer el traslado o la devolución de los aportes que el demandante tenía acreditados en su cuenta de ahorro individual, por concepto de aportes y rendimientos. En ese entendido, pues hay que establecer que protección en este momento no ostenta, no tiene bajo su custodia ningún dinero adicional del cual pues sea titular el accionante, ahora bien, con relación a los gastos de administración es de entender que esta figura no es una decisión arbitraria, ni que es una disposición que quiso tener protección en torno a cobrarle un dinero al aquí accionante por la administración de sus aportes, sino que dicha figura de gastos de administración fue contemplada y fue establecida por el legislativo, en aras a la regulación de la actividad fiduciaria y previsoras que adelanta protección, en esa medida, estos gastos de administración deducidos y pagados por el aquí demandante se dieron con observancia plena en la ley y como lo manifestó anteriormente esto no fue una disposición arbitraria que tuvo protección de cobrarle estos dineros porque si, sino porque el legislador de esa manera lo dispuso y de esa manera lo avaló, entonces en ese sentido, teniendo en consideración esos dos elementos que el cobro es legítimo y que por otra parte el demandado hoy por hoy no tiene ningún tipo de vínculo contractual con protección, pues no hay lugar a que protección tenga que cubrir de su patrimonio la devolución de estos gastos de administración que ya fueron cobrados, por dos elementos importantes, uno, estos dineros fueron dispuestos también para pagar unos seguros de los cuales pues el demandante siempre estuvo cubierto por invalidez, vejez o muerte, durante la vigencia de su contrato con protección, y como segunda medida, porque esos dineros que fueron cobrados dan cuenta de los dineros que hoy por hoy el demandante se está beneficiando por concepto de rendimientos financieros, y en ese entendido como las resultas del proceso en caso de que el tribunal confirme dicha decisión es la ineficacia de la afiliación, el deber ser y el sentido de esta figura jurídica es que todo vuelve a su estado natural, nunca hubo un surgimiento o



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUEÑA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

*vínculo contractual del demandante con mi representada y en ese sentido no habría lugar que el accionante se estuviese beneficiando de unos rendimientos financieros generados por protección por cuenta y obra de una actividad incierta. Entonces, en ese sentido solicito al tribunal se revoque en primera instancia o de manera subsidiaria se aclare que en caso de que Protección tenga que retornar los gastos de administración de la vigencia del contrato que tuvo el accionante con mi representada, pues entonces no se le ordene o se le restituya los valores pagados por concepto de rendimientos, o en su defecto pues entonces que se paguen los rendimientos y los aportes como ya se hizo con el traslado de los aportes a porvenir, pero que no tenga que reconocer ningún concepto de gastos de administración.*

*Como segundo elemento, ya para finalizar en torno a la integralidad de la decisión emanada por el juzgador de primera instancia, se sostiene este apoderado en manifestar que la línea jurisprudencial de la Corte no puede ser aplicada de manera genérica, sin tener en consideración los elementos y los detalles de cada uno de los procesos, y máxime lo que aquí se practicó a través del interrogatorio de parte porque pues no se puede desestimar la carga probatoria que tiene estos procesos, estos interrogatorios, por cuanto que si no fueran validos o no fueran importantes, sencillamente los mismos no se practicarían y estas jurisprudencias o estas sentencias sencillamente se determinarían de acuerdo a las documentales allegadas con los escritos de demanda y contestación. Dicho esto es claro, es contundente, es veraz y lo ha manifestado el mismo despacho, el mismo juzgador de primera instancia, que el accionante incurrió en una falta a la verdad al momento de absolver el interrogatorio de parte, falta que no es menor de cara o considerando que aquí lo que se pretende resolver justamente es la situación pensional del accionante, y en ese entendido cuando una persona tiene que recurrir a la mentira para poder sacar adelante un proceso judicial, pues es de especial atención para los despachos judiciales poder clarifica esa falta a la verdad a través de las documentales que se allegan con los escritos de la demanda, y en ese sentido pues muy respetuosamente a consideración de este apoderado, el juzgador de primera instancia no valoró de manera detallada y completa las documentales que se aportaron por cuenta de que estas hacían fe y estas hacían objetivamente datos, cifras y hechos de la suscripción de los formularios de afiliación y la afiliación del demandante con el RAIS, y solamente se basó en los supuestos y en las contradicciones y en las mentiras expuestas por la parte accionante en el interrogatorio de parte. Por lo que, no se puede aquí entonces desprender que efectivamente al accionante no se le brindó una debida información o un acompañamiento, porque de esta manera contradiciéndose, argumentándolo de manera poco clara, poco contundente lo manifestó, versus a los formularios de afiliación debidamente suscritos que como anteriormente lo manifesté no fueron tachados de falsos ni se haya suplantado la firma como así lo pretende hacer ver el demandante en torno a que nunca se reunió con ningún promotor ni de protección ni de porvenir, entonces eso deja entrever que como lo ha manifestado la misma corte, si bien a protección y porvenir le asiste una carga de la prueba en demostrar la información que le brindó y el asesoramiento, las codemandadas aquí efectivamente lo hicieron a través del formulario de afiliación y es que no se puede pretender que se materialice, se estructure, se demuestre de manera diferente dicha vinculación, ya que para esa data ni a protección ni a Porvenir le asistía documentar de manera diferente dichas vinculaciones, es que si hubiese taxativamente una normatividad esa fecha que estableciera que se tenía que suscribir un documento donde se pusiera de manera taxativa toda la información que allí se le daba a los afiliados y que no hubiese sido aportada, pues le atiende la razón al despacho en manifestar que esa información no le fue dada, pero esta obligación no estaba en cabeza de las administradoras sino solo a través del formulario de afiliación que fue debidamente aportado.*

### **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor JAIME URUEÑA ANDRADE, se circunscribe a la declaratoria de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito en primer momento con Protección S.A., el 1 de febrero del año 2000, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 156 del plenario allegada por la AFP en mención.

En este orden, si bien se peticionó en escrito de demanda la nulidad de la afiliación al RAIS, lo cierto es que se alegó de igual manera, la falta al deber de información en el acto de afiliación, que como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, este escenario de falta al deber de información, se estudia bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, el que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUEÑA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

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 Jaime Uruña, 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 Protección S.A., a la que se trasladó en primer momento el demandante, como lo manifiesta este en sus alegaciones, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

*En ese orden, concluyó que:*



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

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

**(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJSL19447-2017), 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 resulta de recibo la afirmación de las recurrentes Protección y Porvenir, según la cual, para la fecha de traslado del actor a esas administradoras, no les asistía el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUEÑA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

deber de brindar al actor 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 criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, de manera que sí les correspondía probar el suministro de dicha información al señor Urueña, la que igualmente no se sule únicamente con la suscripción del formulario por parte del afiliado como erróneamente lo señalan estas administradoras en sus alegaciones y recurso.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado por vicios de tal índole, lo cierto es que se itera, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** y 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.*

Ahora bien, el hecho de que el demandante, no se hubiere trasladado, dentro de los 10 años previos a cumplir la edad pensional, o durante el año de gracia concedido por el Decreto 3800 de 2003, no le impide impetrar la acción judicial tendiente a lograr tal fin, a efectos de que en el transcurso del debate judicial, se verifique si la administradora pensional cumplió con el deber de información bajo estudio.

De otra parte, la afiliación al RAIS del demandante, no se convalida por el hecho de que haya efectuado traslados horizontales en dicho régimen como



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUEÑA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

lo ponen de presente Colpensiones y Porvenir S.A., al sustentar sus recursos, pues desde la fecha de su afiliación, dicho traslado resultaba ineficaz al demostrarse que no se le dio la información relevante al respecto, para tener por convalidada su afiliación.

Respecto de los gastos de administración, cuestión que es objeto de reproche por parte de las demandadas Porvenir y Protección, punto que esta última también reprocha en sus alegaciones, estos contrario a los señalado por las administradoras en mención, deben ser objeto de traslado hacia Colpensiones como consecuencia de la ineficacia del traslado que será objeto de confirmación en esta oportunidad; así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, señalando:

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

***Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019). (negrilla fuera del texto original)***

Es así como las administradoras demandadas como bien lo señaló la decisión de primer grado, deben efectuar el traslado de lo descontado por gastos de administración, respondiendo por dichas sumas, con su propio patrimonio si es del caso.

Por último respecto del interrogatorio de parte vertido por el demandante si bien como lo indica Protección S.A., se verifican algunas contradicciones en su dicho, estas no tienen el carácter de revocar la decisión adoptada en



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

primer grado, como quiera que respecto al estudio de la carga de la prueba cuando se está ante el escenario de la ineficacia de traslado, era a esa administradora a la que le correspondía probar que en el año 2000, le brindó una adecuada información al actor para considerar su decisión de traslado libre y voluntario y como se advirtió ello no ocurrió, lo que determina la procedencia de la ineficacia de traslado bajo estudio.

Conforme al análisis efectuado a lo largo de este pronunciamiento y al haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que contrario a lo manifestado por Porvenir en sus alegaciones, no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la ineficacia de dicho acto de traslado, no sin antes indicar que 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 incurrió el y/o 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 18201800251-01 Dte: JAIME URUENA ANDRADE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 13 2019 00439 01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: LUZ MIRYAM RENDON VILLA  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**MAGISTRADA PONENTE  
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

Al conocer de la sentencia de fecha 5 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Trece laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las partes.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, los alegatos de las partes

**ANTECEDENTES**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones que el actor realizó a PROTECCIÓN S.A. ya que faltó a su deber de información. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes incluidos los rendimientos generados y a esta última a que los acepte y al pago de las costas y agencias en derecho; igualmente solicita se condene a la demandada PROTECCIÓN S.A., a pagar a la demandante la diferencia que se presente entre las mesadas que le fueren pagadas en caso de que la misma obtenga su pensión de vejez por parte de esta aseguradora en el curso de éste trámite judicial y las que hubiere correspondido en caso de haber obtenido su pensión de vejez estando afiliada al régimen de prima media. (fl.- 4-5)

**HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que efectuó aportes al ISS desde el 5 de abril de 1.991 y hasta mayo de 2001.
- Que se afilió a la AFP PROTECCIÓN, desde el 01 de abril de 2001.
- Que PROTECCIÓN S.A., al momento de la afiliación no le brindó la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Que le informaron que la cuantía de su pensión sería superior si se trasladaba de fondo.
- Que perdería las semanas de cotización si continuaba en el ISS, que no le informaron las características del régimen de ahorro individual.
- Que no le informaron las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.
- Que nunca se le indicó que la cuantía de la pensión dependía del capital que lograra acumular.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que presentó reclamación administrativa, la cual fue negada. (fl.- 5-7)

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 19 y 20, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal de nulidad. (fl. 50-67).

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 3, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones 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 las cuotas de administración y del seguro previsional. (fl. 92-114).

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 5 de febrero de 2020, resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la demandante LUZ MYRIAM RENDON VILLA, a al fondo de pensiones PROTECCIÓN a partir del 1 de junio de 2001, como consecuencia de ello se ordena el y traslado de todos los aportes de pensiones obligatorias, bonos, aportes a pensiones voluntarias si fueren del caso realizados por ésta y sus respectivos rendimientos sin efectuar otra clase de descuentos a COLPENSIONES, entidad que deberá recibir los mismos y activar la afiliación de la demandante a dicha administradora teniéndose que para*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*todos los efectos legales COLPENSIONES es la única entidad de seguridad social a la que se encuentra afiliado.*

*SEGUNDO: se ABSUELVE a las demandadas de las demás peticiones elevadas en su contra.*

*TERCERO: condenar en costas a la demandada PROTECCIÓN. (fl. 150).*

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado luego de realizar un recuento de los hechos de la acción y de las contestaciones efectuadas por las llamadas a juicio, reseñó el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tal como lo tiene adoctrinado, en la sentencia del 22 de noviembre del año 2011 bajo el radicado 33083 que a estudiando la nulidad del traslado del sistema de prima media con prestación definida administrado por ISS hoy COLPENSIONES y estableció que sólo opera cuando se presenta error en cuanto a la información que se le dé al afiliado y las expectativas erradas que le generan al momento de aceptar el traslado al fondo pensional, esa misma corporación dentro de esa misma providencia que señala debían proporcionar y aún así lo sostiene deben proporcionar al potencial afiliado una suficiente completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

Ahora esa misma providencia en lo atinente al deber de información y las consecuencias del traslado de régimen indicó que la ley radica en ellas, en las administradoras de pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias de la formalización de la afiliación a la administradora la doctrina, según la Corte ha elaborado todo un conjunto de obligaciones especiales entre ellas el deber de información, desde las etapas previas a la afiliación.

Indicó que como lo dijo la H. Corte, a la administradora de fondos de pensiones le corresponde la carga de la prueba tendiente a demostrar que al momento de la afiliación le proporcionó al actor una información suficiente completa y clara información sobre las reales implicaciones que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

conllevaría a dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras diligencias actuaciones que brillan por su ausencia en este proceso pues sí bien se allega un certificado de afiliación ni siquiera la filiación es la que se ha incorporado al expediente, y si bien en el presente caso se efectuó una reasesoría en el año 2014, en ella tampoco se le indicó la fecha límite con la que contaba a efectos de realizar el traslado de régimen, ya que esta casilla se encuentra sin diligenciar.

Posteriormente trajo a colación sentencias como la SL del 8 de septiembre del año 2008 con radicación 31989 que ratificó la sentencia 46 292 compondencial doctor Fernando Castilla Cadena, en este devenir también oportuno resuelta recordar que la H. Corte en sentencia con radicación 47 125 del 2017 teniendo como ponente al Doctor Gerardo Botero Zuluaga estableció, evocando precisamente los artículos 97 y posteriores del estatuto financiero, para recordar la obligatoriedad de las administradoras de pensiones de obrar de buena fe.

Por todo lo anterior, declaró la nulidad de la afiliación efectuada por la parte actora a PROTECCIÓN S.A. y absolvió a esta demandada de la pretensión enlistada en el numeral 7 del acápite de pretensiones la demanda, ya que en ella se solicita se cancelen las diferencias que se presenten entre las mesadas que le fueran pagadas en caso de que la actora obtenga su pensión de vejez por parte del Fondo de Pensiones en el trámite del proceso y en el presente caso no se demostró que la actora hubiese sido pensionada por parte de la demandada PROTECCIÓN.

**DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora, interpuso recurso de apelación señalando:

*“Si, su señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación, únicamente con respecto a la pretensión número 7, que fue denegada por el despacho y procedo a sustentar. Esa pretensión solicita que se ordene a protección pagarle a la demandante la diferencia que se presente entre las mesadas que*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*le fueren pagadas si ella se llega a pensionar en el curso de este proceso y las que le hubiere reconocido Colpensiones, esa pretensión tiene fundamento en lo manifestado en la parte final de la providencia de radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008, que en el aparte pertinente manifiesta: el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas le fueron pagadas, solo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya fueron pagadas y las que resulten del reconocimiento que hiciera la administradora del régimen de prima media al que retorna, entiendo que el fundamento de la sentencia es que la señora Myriam no se ha pensionado y la argumentación que se debe tener aquí en cuenta es que esta debe ser una sentencia protectora frente a los eventuales derechos que se le reconozcan a la parte demandante, sobre todo por un escenario que viene siendo muy común en este tipo de proceso y es que estos casos tengan que llegar hasta la corte suprema de justicia donde demoran cuatro, seis y ocho años y la gente se ve compelida a pensionarse durante ese proceso. Entonces, en la medida en que la sentencia debe tener en cuenta los hechos posteriores a la presentación de la misma y que la señora Myriam se puede ver perjudicada por la percepción de mesadas pensionales, por ejemplo, de \$1.000.000 en protección o que debió ser desde principio de \$3.000.000 solo por poner un ejemplo, y en aras de la claridad, entonces se debe proteger desde ahora ese derecho, como fundamento para que no se considere que esta petición sería genérica o sería abstracta, quiero referirme a la sentencia sl4327 de 2019 de 9 de octubre del mismo año, del magistrado Jorge Prada, que dice: “por regla general las condenas deben ser específicas en cantidades y valores, tal como lo dispone el artículo 307 del anterior rito civil, hoy correspondiente al artículo 283 del código general del proceso, sin embargo, y hago énfasis, ello no obsta para que en algunos casos sea posible que ante circunstancias procesales y en aras de priorizar derechos sobre absoluciones o tiempos de espera, el juez se vea compelido a determinar los parámetros para su cuantificación. Así las cosas, aun cuando no se condenó a una suma líquida de las partes motiva y resolutive de la sentencia, es posible extraer los parámetros necesarios para concretar cantidades a través de una simple inclusión de una mera operación de adición por parte del obligado concededor forzoso de las bases respectivas.” Insisto, desde ahora mismo se puede proteger a la parte demandante, en caso en que se vea pensionada dentro de los años siguientes a partir de sus 57 años para que le sea reconocida esa diferencia que deje de percibir en caso de que su proceso sea exitoso al final del mismo. Gracias.”*

Por su parte, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, señaló:

*“Muchísimas gracias su señoría, comoquiera que si bien la parte demandante ha interpuesto recurso pero sus argumentos no se encausan para que el tribunal así lo conceda, pues respetuosamente esta apoderada presenta recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, comoquiera que es criterio del despacho no conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de mi representada, lo anterior atendiendo a diversos pronunciamientos*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*expuestos por el honorable tribunal de Bogotá, sala laboral, por lo anterior su señoría, si bien la orden impartida en contra de mi representada consiste mas en una obligación de hacer al ordenarle recibir los aportes de la demandante y de activar la afiliación con Colpensiones, no es menos cierto que tal situación a futuro conllevaría en el reconocimiento de un derecho pensional, situación que claramente perjudicaría los intereses de mi representada, por lo anterior y si bien esta entidad no desconoce los lineamientos de la corte suprema de justicia, ni tampoco desconoce el deber de información que se encuentra a cargo de las afps, solicito respetuosamente al honorable tribunal de Bogotá, sala laboral se sirva estudiar si en el presente caso se reúnen efectivamente los presupuestos establecidos por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, para declarar en este caso la ineficacia del traslado de la demandante, comoquiera que en la demanda se encausa en situaciones subjetivas, de las cuales mi representada no tiene conocimiento ni mucho menos certeza, muchas gracias su señoría.”*

**CONSIDERACIONES**

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por el recurso interpuesto por la parte actora, procede la Sala en primer lugar, a establecer si existió la nulidad o ineficacia de la afiliación deprecada por la actora y posteriormente si hay lugar a condenar a la demandada al pago de las diferencias pensionales.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora LUZ MIRYAM RENDON VILLA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PROTECCIÓN S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por 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 donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

*“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

**En cuanto al recurso interpuesto por la parte demandante**, relacionado con la absolución impartida, a la pretensión enlistada en el numeral 7 de la demanda, en la que se solicita se condene a la demandada PROTECCIÓN S.A. a pagar a la demandante la diferencia que se presente entre las mesadas que le fueren pagadas en caso de que la misma obtenga su pensión de vejez por parte de esta aseguradora en el curso de éste trámite judicial y las que hubiere correspondido en caso de haber obtenido su pensión de vejez estando afiliada al régimen de prima media, esta Colegiatura coincide con lo señalado por el Juez de Primer Grado, como quiera que, en el presente proceso, la actora no es pensionada, es más, ni siquiera se encuentra que petitionó el reconocimiento de la pensión, a alguna de las entidades demandadas, por lo que no es procedente ordenar una diferencia que no se acreditó en el plenario., por lo que sin mayores razonamientos por innecesarios se habrá de confirmar la sentencia en su totalidad.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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: CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

**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: 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**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2019 439 01 Dte: LUZ MIRYAM RENDON  
VILLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO  
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 04 2018 812 01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**MAGISTRADA PONENTE  
MARLENY RUEDA OLARTE**

Se reconoce personería a la Dra. CEIBOLT JULIETH ACUÑA MAYORDOMO, identificada con C.C. 1.023.916.764 y T.P. 272.291 del C.S.J., como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES en los términos de la sustitución allegada vía correo electrónico.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

Al conocer de la sentencia de fecha 18 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la demandada COLPENSIONES y dando aplicación al Grado Jurisdiccional de consulta en favor de la misma.

**ALEGACIONES**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recibieron por vía correo electrónico, los alegatos de la parte demandada COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones que el actor realizó a PORVENIR S.A. el 11 de agosto de 2000, ya que faltó a su deber de información. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes incluidos los rendimientos generados y a esta última a que los acepte y al pago de las costas y agencias en derecho y a esta última a reconocer el tiempo laborado y a emitir la historia laboral actualizada. (fl.- 9-10)

**HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 1 de noviembre de 1984 y cotizó a esta entidad 756,29 semanas.
- Que en la empresa en la que laboraba llamaron a todos los empleados para una charla con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.
- Que en dicha charla se les indicó que el ISS se acabaría.
- Que lo más seguro era para los trabajadores era trasladarse de fondo.
- Que dicho traslado le traería más beneficios económicos.
- Que se podía pensionar de una manera anticipada.
- Adicionalmente les indicaron que el bono pensional les reportaría una mejor condición en su mesada pensional a diferencia del ISS.
- Que después de eso firmó una preforma que le fue entregada.
- Que agotó reclamación administrativa (fl.-5-9)

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 21 y 22, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado compensación y prescripción. (fl. 70 - 79).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, contestó por medio de curador ad litem, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 17 y 19, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, prescripción de la acción, no se presentan los presupuestos jurisprudenciales para su declaratoria, buena fe, validez de la afiliación y ausencia de vicios del consentimiento. (fl. 85-91).

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 18 de febrero de 2020, resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN, que hiciera la demandante MARTHA LUCIA PARRA DIAZ, que en su caso administra Porvenir S.A. para tenerla como válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones.*

*SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A, a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.*

*TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la actora.*

*CUARTO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A., se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo...”*

Fundamentó su decisión en síntesis la Juez de primer grado señalando en síntesis que de conformidad con lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia con radicado



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

No. SL17595 de 2017, en donde 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 mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible pues se debía diferenciar 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 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.

Ahora bien, como quiera que desde la demanda la actora indicó que no se le había otorgado la información suficiente, en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, por lo que al estudiar las pruebas allegadas a los autos solo encontró el formulario de afiliación suscrito por la actora, el cual no da fe de la asesoría que le fue prestada.

Finalmente las accionadas presentaron la excepción de prescripción y al respecto se tiene que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible. Someter su reclamación a un período determinado afectaría gravemente los derechos fundamentales del trabajador y es por ello que en consecuencia el derecho del afiliado a solicitar la ineficacia de la afiliación no prescribe y condenó a las demandadas en la forma indicada en la parte resolutive del proveído que antes se transcribe.

**DEL RECURSO DE APELACIÓN**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación señalando:

*“Gracias señora juez, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir, solicitando de manera atenta a los señores magistrados tenga en cuenta entre otros argumentos expuestos en los alegatos, y en especial contra la violación de la decisión por la decisión que se toma contra el principio de sostenibilidad financiera que entre otros se ha desarrollado en la sentencia 242 de 2009 y se ha reiterado en la c 062 de 2010, en la cual insisto que por la señora demandante al ser ordenado su traslado a Colpensiones, no habría participado en ese régimen solidario con sus aportes previendo también las pensiones de otras personas que es lo que básicamente garantiza este régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, por lo que solicito de manera respetuosa se tenga en cuenta este argumento para que se revoque la decisión de primera instancia. Muchas gracias”*

**CONSIDERACIONES**

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos en el recurso interpuesto por la misma, procede la Sala a establecer si existió la nulidad o ineficacia de la afiliación deprecada por la actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA LUCIA PARRA DIAZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por 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 donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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, contrario a lo señalado por las apelantes, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

*“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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:

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO  
MAGISTRADO**

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 04 2018 812 01 Dte: MARTHA LUCIA PARRA  
DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MAGISTRADO**