



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO PONENTE**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EVA MARINA GUERRERO RODRÍGUEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, como litis consortes necesarios **YURY PAOLA y LUIS JEFFERSON FRANCO GUERRERO.**

**RADICADO: 11001 3105 004 2019 00117 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la demandante y de quienes fueron citados al proceso como litis consortes necesarios contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de junio de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la demandante y la apoderada de Porvenir S.A.

Por la parte actora fueron reiterados los argumentos del recurso de apelación en cuanto a manifestar que a la demandante le asiste el derecho

a que le sea reconocida la pensión teniendo en cuenta el término prescriptivo de 4 años previsto en el Decreto 758 de 1990 y no el de 3 años que estableció el Juzgado en la sentencia, así mismo sostuvo que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser reconocidos de acuerdo con los argumentos de su apelación.

A su vez la apoderada de Porvenir S.A., dijo ratificarse en las manifestaciones de su escrito de contestación, de no existir obligación alguna de ese Fondo frente al derecho pensional reclamado, como se indicó en la sentencia de primera instancia, por lo cual solicita sea confirmada.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero permanente JOSÉ ISMAEL FRANCO MALDONADO, quien falleció el 13 de diciembre de 2010, junto con los intereses moratorios, indexación de las mesadas adeudadas y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones manifestó que el causante efectuó aportes al sistema de seguridad social con el ISS desde el 7 de febrero de 1983 hasta el 31 de diciembre de 2010 un total de 969.71 semanas, pero que en el interregno tuvo una doble vinculación por multiafiliación a la AFP Porvenir S.A. donde cotizó 154.29 semanas. Informa que desde el 25 de septiembre de 1988 inició su relación marital en la que procrearon a sus dos hijos YURI PAOLA y LUIS JEFERSON FRANCO MALDONADO, sostiene que esa relación de pareja se mantuvo de manera ininterrumpida hasta la fecha del deceso de su compañero. Informa que Colpensiones le efectuó el reconocimiento de auxilio funerario en calidad de beneficiaria del señor Franco; narra que le solicitó la pensión de sobrevivientes a Porvenir S.A., Fondo que la negó con el argumento de existir multiafiliación por lo cual solicitó a Colpensiones el estudio de su derecho pensional y como resultado expedido el 10 de marzo de 2016 se determinó que la llamada a atender la solicitud era Colpensiones, por lo cual Porvenir S.A. informó que trasladaría el saldo acumulado en la cuenta individual del

afiliado fallecido, pero posteriormente el 27 de julio de 2016 indica el Comité de Colpensiones que el reconocimiento pensional lo debía realizar Porvenir S.A., el 5 de septiembre de 2016 ese Fondo le niega el derecho al argumentar que no contaba con 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al deceso; relacionó las solicitudes así como los actos administrativos expedidos entre esa fecha y el 29 de junio de 2018, sin que ninguna de las dos entidades demandas le hubieran reconocido el derecho pensional.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

YURI PAOLA y LUIS JEFFERSON FRANCO GUERRERO en su calidad de litis consortes necesarios como fueron citados al proceso allegaron, mediante apoderado, el escrito que obra a folios 94 a 101 en el que admitieron todos y cada uno de los hechos de la demanda y manifestaron allanarse a la prosperidad de las pretensiones.

COLPENSIONES dio contestación mediante escrito incorporado a folios 106 a 118 del expediente en el que su apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que a la demandante no le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta que no cumple con las exigencias legales. Propuso las excepciones de carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A. para dar contestación allegó el escrito que obra a folios 141 a 154 del expediente en el que se opuso a las pretensiones con fundamento en que el causante no dejó cotizadas 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., con sentencia del 10 de junio de 2020, resolvió:

*PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del causante JOSÉ ISMAEL FRANCO MALDONADO a la señora EVA MARINA GUERRERO RODRIGUEZ a partir del 13 de diciembre de 2010, en cuantía inicial de \$515.000, mesadas adicionales, es decir 14 mesadas y reajustes legales mensuales.*

*SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por COLPENSIONES, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de diciembre de 2013.*

*TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda.*

*CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar la pensión debidamente indexada.*

*QUINTO. ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a los litis consortes YURI PAOLA y LUIS JEFFERSON FRANCO GUERRERO de todas las pretensiones incoadas.*

*SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de 2 salarios mínimos.*

*SÉPTIMO: ENVIÉSE al Tribunal Superior de Bogotá -Sala Laboral- la presente decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.”*

Como fundamentos de su decisión señaló la Juez de Primera instancia que el reconocimiento de la prestación está cargo de Colpensiones en razón a que la multivinculación del afiliado se presentó por un lapso muy corto y la mayor densidad de cotizaciones las tuvo con dicha entidad en la que estuvo vinculado hasta el momento de su fallecimiento. Absolvió del reconocimiento a quienes fueron llamados como litis consortes al haber manifestado mediante apoderado su allanamiento a las pretensiones de la demanda promovida por su señora madre. Negó los intereses moratorios al encontrar acreditado que no hubo mora en el reconocimiento debido a la situación de la multiafiliación que debió ser definida en la sentencia.

### **IV. RECURSOS DE APELACION**

El apoderado de la demandante recurrió la sentencia para solicitar que se modifique en dos aspectos; el primero en lo concerniente a la excepción de prescripción al manifestar:

*Existe norma especial que es el Acuerdo 049 de 1990 y sería la aplicación del artículo 50 relacionado con la prescripción de 4 años y no de 3 años como lo indicó el Juzgado, por ello la pensión se debió reconocer un año más atrás del que dispuso el Juzgado de acuerdo con la referida norma especial”.*

En segundo lugar, objetó la decisión respecto a la absolución de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al señalar:

*“Si estoy de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, como órgano de cierre para la Jurisdicción Ordinaria, de no pagar intereses cuando pueda existir una situación jurídica que deba ser dirimida por la justicia laboral, pero no estoy de acuerdo en el sentido que la señora Eva María por más de 5 años , como lo podemos observar dentro de las pruebas que existen en el expediente debió ella misma, sea con apoderado o sin apoderado, luchando por su pensión y luchando para que se definiera la competencia de quien debía pagar la pensión, y no es justo causa que se nieguen los intereses cuando sea Colpensiones o sea Porvenir, en el año 2018 o 2017 o 2016 debieron resolver la pretensión pensional, ellos tuvieron en la mano el 3995 de 2008 para poder resolver la prestación económica hace 4 años, por lo tanto mire a lo que llevó a la señora Eva Marina, primero a consultar con un profesional del derecho, segundo a contratar un profesional del derecho y tercero a accionar la Administración de Justicia en su Jurisdicción Ordinaria Laboral; en estos momentos se encuentra que es extralimitado el tiempo, por lo que hubo un desgaste y solicito que en segunda instancia se analicen esos intereses moratorios y se concedan. En los demás aspectos estoy de acuerdo con la decisión.”*

El apoderado de quienes fueron llamados al proceso como Litis consortes necesarios, dijo presentar recurso de apelación *“solo en el punto que hace referencia a los intereses moratorios, como lo manifestó el apoderado de la demandante... por ser el único sustento que tiene la señora*

*Eva Marina.”*

## **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto en lo previsto en los artículos 66 A y 69 del C.P.T. y S.S. –grado jurisdiccional de consulta, la Sala estudiará si la demandante es la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del afiliado JOSÉ ISMAEL FRANCO MALDONADO, y de encontrarse acreditado ese derecho se procederá al estudio de los argumentos expuestos por el apoderado de la demandante frente a la aplicación de la prescripción y en cuanto a la procedencia en este caso de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

No se tendrá en cuenta el recurso interpuesto por el apoderado de los Litis consortes, en tanto frente a ellos no fue proferida condena alguna y en esa medida no tiene ningún interés jurídico su apoderado para interponer un recurso solicitando la condena por intereses moratorios a favor de la demandante, por lo cual dicho recurso debió ser negado por la Juez a quo.

El fallecimiento del afiliado JOSÉ ISAMEL FRANCO MALDONADO se encuentra acreditado con el registro civil de defunción que obra a folio 32 del expediente, el cual da cuenta de ese hecho ocurrido el 13 de diciembre de 2010.

Previo a decidir lo planteado en el recurso, es preciso definir lo relacionado con la multivinculación que presentó el afiliado fallecido; el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, mencionó que se presenta cuando el afiliado cambia de régimen pensional antes del término legal, previendo la norma citada que en ese evento *“será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.”*

Así mismo, el estatuto en mención determinó en su artículo 15 que, una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior, término que fue ampliado a cinco años por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

El artículo 6° del Decreto 3995 de 2008, determinó:

*“Las prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este Decreto, deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.  
Si a dicha fecha el trabajador no estuviera cotizando, las respectivas prestaciones serán reconocidas y pagadas, si se cumplen los requisitos establecidos por la ley para tener derecho a estas, por la administradora ante la cual se efectuó la última cotización antes de la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.”*

*Si cumplido el procedimiento anterior no puede determinarse la administradora responsable de la prestación, porque coinciden cotizaciones realizadas a otras administradoras a esa fecha, la administradora responsable será aquella ante la cual se haya efectuado la última vinculación válida.*

*Sin perjuicio de la atención al término legalmente señalado para el reconocimiento de estas prestaciones, las administradoras involucradas en la múltiple vinculación tendrán un plazo máximo de un (1) mes, contado a partir de la solicitud de pensión, para determinar la administradora responsable de la prestación según la regla aquí contenida, dentro del cual deberán entregarse las sumas correspondientes al riesgo de vejez junto con sus valorizaciones y el bono pensional, si a este hay lugar, además de la información completa de la historia laboral.”*

Atendiendo lo expuesto y descendiendo al caso que se estudia, tenemos que el afiliado fallecido suscribió solicitud de afiliación al fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 21 de agosto de 2002 y permaneció en ese Fondo hasta diciembre de 2003 (fl. 155), por lo cual tuvo cotizaciones simultaneas en COLPENSIONES entre octubre y diciembre de 2003, quedando acreditado igualmente en el expediente que con ésta última entidad tuvo cotizaciones entre de febrero de 1983 y hasta su fallecimiento en diciembre de 2010 (fls. 190-193)

Bajo la norma antes transcrita, en caso de multiafiliación, las prestaciones para los riesgos de invalidez y muerte, deben ser reconocidas y pagadas por la entidad a la cual se estuviere efectuando la cotización en el momento del siniestro. El afiliado en este caso, para el momento de su fallecimiento estaba válidamente vinculado a COLPENSIONES, como lo acredita la historia laboral aportada por Colpensiones. ( Folios 190 a 194 )

Establecido lo anterior, se tiene que de conformidad con la misma historia laboral del causante que obra en medio magnético y físico allegado al expediente por COLPENSIONES, se encuentra que, en los 3 años anteriores a la fecha de su fallecimiento, esto es entre el 13 de diciembre de 2007 y ese día y mes del año 2010, cotizó 158.61 semanas, por lo cual resulta cumplido el presupuesto factico necesario para el reconocimiento del derecho pensional demandado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha explicado que el derecho a la pensión de sobrevivientes

se dirime con la norma vigente al momento del fallecimiento del causante, por lo que, en el presente asunto es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en consideración a que, como ya se verificó ese hecho tuvo lugar el 13 de diciembre de 2003.

Esa norma, consagra el derecho a la prestación para los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores a su muerte.

El anterior requisito, como ya se indicó está debidamente acreditado en el expediente, y con relación a los beneficiarios de la prestación, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece el derecho en forma vitalicia para el cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado o afiliado, siempre que acredite vida marital con el causante hasta su muerte por un período continuo no inferior a cinco (5) años antes del deceso, condición que venía siendo reiterada por la Sala Laboral de la CSJ, en la sentencia con radicado 32393 del 20 de mayo de 2008, en la que expresó:

*En consecuencia, respecto al nuevo texto de la norma, mantiene la Sala su posición de que es ineludible al cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste.”*

Recientemente la Corte modificó su posición frente al requisito de convivencia, el cual solamente debe exigirse cuando el causante de la prestación es un pensionado, lo cual quedó expuesto en la sentencia SL1730-2020, que señala en uno de sus apartes:

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

*hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.»*

Este último criterio fue reiterado por la Corte suprema de justicia en sentencia SL1388-2021:

*No obstante, esta Sala en un nuevo análisis sobre este puntal aspecto, en la providencia CSJ SL1730-2020, al fijar el alcance del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, precisó su criterio en el sentido de establecer que la convivencia mínima de cinco años solo es exigible en caso de muerte del pensionado*

Sin embargo, con posterioridad a los pronunciamientos anteriores, la Corte Constitucional emitió la SU- 149 del 21 de mayo de 2021, reiterando lo decidido en la Sentencia SU-428 del 2016, en donde determinó que *“para que la compañera permanente supérstite del afiliado tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento”*. Sobre esto último señaló que la Sala Laboral no cumplió con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación requeridas para apartarse del precedente fijado en dicha sentencia de unificación.

En el presente asunto no hay discusión acerca de la convivencia por más de cinco años entre la demandante y el causante de la pensión de sobrevivientes, hecho que quedó plenamente acreditado en el expediente administrativo, así como con las pruebas recaudadas en el curso del debate probatorio en el que declararon DIOSELIN HEREDIA PEÑA y GABRIEL GARCÍA CARDOZO que conocieron a la pareja conformada por la demandante y el causante conviviendo como marido y mujer por más de 20 años, sin que nunca se hubieran separado y que de esa unión tuvieron 2 hijos que hoy en día son mayores de edad, lo cual se corrobora con los registros de nacimiento que obran a folios 35 y 37 del expediente.

Por lo anterior, concluye la Sala que a la demandante le asiste el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a partir del 13 de diciembre de 2010 *-fecha del fallecimiento-* en cuantía del salario mínimo legal mensual, en la medida que al revisar la historia laboral expedida por

Colpensiones, se logra determinar que el Ingreso Base de Cotización del afiliado no fue mayor al salario mínimo legal.

Sin embargo el pago de la prestación se realizará a partir del 30 de diciembre de 2013, en la medida que el medio exceptivo de la prescripción afectó las mesadas causadas con anterioridad al 29 de diciembre de 2013, como quiera que la reclamación para el reconocimiento de la prestación se hizo el 30 de diciembre de 2016 (folio 50), y la demanda fue presentada el 11 de febrero de 2019 (folio 80, lo que muestra que la acción ordinaria se presentó después de los tres años de la solicitud, por lo que a partir de esta fecha hacia atrás que se contabiliza el termino trienal de que trata los artículos 151 del C.P.T y S.S y 488 del C.S.T. , sin que en este aspecto se pueda acceder a lo planteado por el apoderado de la demandante en su recurso al pretender que se aplique la prescripción de 4 años a que alude, con el argumento de estar prevista en una norma especial que pide sea aplicada, toda vez que ha sido reiterado el criterio sentado en la jurisprudencia vigente que el término prescriptivo que se debe observar en los juicios es el trienal previsto en las normas ya referidas que son las llamadas a regular el tema de la prescripción en materia laboral.

Finalmente, respecto de los intereses moratorios, se confirmará la absolución impartida por la Juez de Primera instancia, por cuanto Colpensiones en su momento negó el reconocimiento pensional en virtud de la multifiliación que presentaba el causante y ese aspecto debía ser definido a efectos de establecer si se cumplían los requisitos legales para la causación del derecho pensional, por lo tanto la conducta de Colpensiones, al negar al reconocimiento de la prestación no resulta caprichosa, por cuanto decidió en virtud de las normas vigentes. Así lo explicó, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia 43602 al indicar:

*“Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el*

*control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.*

Adicionalmente se considera que el apoderado de la actora, estuvo conforme con la condena impuesta por el juez al ordenar la indexación de las mesadas pensionales, manifestación que fue expresa en la audiencia, lo cual imposibilita la concesión de los intereses moratorios reclamados.

**Sin costas** en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

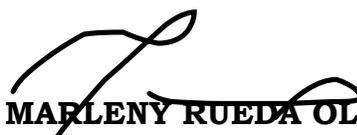
**PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA** proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2020, conforme se expuso.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**

**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS FERNANDO COTE CALDERÓN contra ASESORES EN DERECHO S.A.S, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, JOCKEY CLUB, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO.**

**RADICADO: 11001 3105 007 2017 00413 01.**

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

### **SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por el demandante, por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, por la FIDUPREVISORA S.A., así como resolver el grado jurisdiccional de consulta

ordenado a favor de esta última entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de enero de 2020.

Se advierte que las partes presentaron escritos, exponiendo los alegatos de conclusión.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretende se declare que prestó sus servicios a través de un contrato de aprendizaje a la persona jurídica de derecho privado JOCKEY CLUB, desde junio de 1975 hasta el mes de julio de 1976. Igualmente pretende se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., desde el 7 de enero de 1980 hasta el 16 de abril de 1985. Como consecuencia de dichas declaraciones, solicita se condene a ASESORES EN DERECHO en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. a expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por en tiempo laborado en dicha compañía. Así mismo se ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, a pagar a COLPENSIONES, el cálculo que le corresponde por el tiempo de servicio prestado a la Compañía de Inversiones. Adicionalmente peticiona se condene a JOCKEY CLUB, a pagar a COLPENSIONES, el título pensional o cálculo actuarial, que le corresponde por el lapso laborado. Se condene a COLPENSIONES, a computar dichos periodos para el momento en que se produzca su reconocimiento pensional. Se condene a cada una de las demandadas a pagar los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional.

De manera subsidiaria peticionó se declare la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del Fondo Nacional del Café respecto de la

obligaciones pensionales reclamadas, y como consecuencia se ordene a dicha federación pagar a COLPENSIONES, el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde o se condene al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, como titular jurídica de la cuenta Fondo Nacional del Café, a reconocer y pagar el citado cálculo.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 07 de enero de 1980 hasta el 16 de abril de 1985, sin que, durante la vigencia de la relación laboral, su empleador lo hubiese afiliado a la entidad de seguridad social en pensiones. Aseguró que en la actualidad se encuentra afiliado a COLPENSIONES, pero que esta entidad no ha solicitado el bono pensional o cálculo actuarial, por el tiempo laborado en la compañía Flota Mercante, equivalente a 264.57 semanas.

Por otra parte, manifestó que prestó sus servicios personales al JOCKEY CLUB, mediante contrato de aprendizaje, en el cargo de ayudante de cocina, relación laboral que estuvo vigente desde junio de 1975 hasta julio de 1976, tiempo durante el cual su empleador fue omisivo en el pago de aportes al sistema de seguridad social integral.

## II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

**COLPENSIONES**, a través de su apoderado judicial, dio contestación a la demanda como se observa a folios 784-802, mediante la cual se opone a las pretensiones formuladas en su contra, al considerar que el empleador es el responsable de reportar a la Administradora a la cual se encuentra afiliado el trabajador, todas las novedades y cotizaciones que ocurren respecto de éste. Adujo que si el empleador por omisión no vinculó al actor al sistema de seguridad social en pensiones, debe subsanar dicha situación, con el respectivo pago del cálculo actuarial. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe y no configuración del derecho al pago del IPC.

**FIDUCIARIA LA PREVISORA SA** (fls. 813-828), manifestó que como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, no asumió la posición, ni es subrogatario, cesionario o sucesor procesal de la extinta la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, toda vez que el vínculo es única y exclusivamente contractual y las obligaciones emanan del contrato de fiducia mercantil. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación e innominada.

**ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, (fls. 890-906), luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, manifestó que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, dado que entre la fecha en la cual se prestaron los servicios, no existía la obligación legal y forzosa de afiliación para los trabajadores marítimos de la CIFM liquidada, como quiera que el ISS solo asumió el riesgo mediante Resolución n.º03296 del 2 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, innominada o genérica.

**LA NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (fls 902-913), se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que está facultada exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente por la Ley, tal como lo define el artículo 5 de la Ley 489 de 1998, dentro de las cuales no está la de pagar bonos o títulos pensionales por tiempos laborados a la extinta Flota Mercante Grancolombiana, ni tiene competencia para definir controversias entre la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y sus ex trabajadores o socios como la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Propuso las excepciones de indebida vinculación del ente ministerial, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, prescripción y genérica.

**EL JOCKEY CLUB**, se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que no existe constancia, soporte o documento que acrediten la prestación del servicio por parte del demandante en sus instalaciones, razón por la que considera no estaba en la obligación de realizar aportes pensionales. Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls 956-966).

**LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA COMO ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ** (fls. 845-867), señaló que no tiene la calidad de matriz o dominante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.,-pues no es titular de dominio y propiedad del Fondo Nacional del Café sino administradora del mismo; se refirió a la situación de insolvencia de la citada Compañía, así como a los estudios que se han realizado para establecer la reserva de carga que influyó en tal crisis, de la cual está exenta de culpa; considera que en ese sentido se tipifica la carencia total de acción ordinaria o de ejecución contra la Federación por pasivos laborales o pensionales a cargo de la extinta Compañía de Inversiones. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, imposibilidad de afiliación de los marinos de la flota mercante Gran Colombiana S.A. a la seguridad social por falta de cobertura, falta de legitimación en la causa y límite patrimonial de la responsabilidad solidaria de la sociedad matriz en relación con la subordinada que entro en insolvencia.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., con sentencia del 27 de enero de 2020, resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre la *FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A.* y el señor *LUIS FERNANDO COTE CALDERON*, existió un contrato de trabajo a término indefinido para el periodo comprendido entre el 07 de enero de 1980 al 16 de abril de 1985, para que el trabajador desempeñara el cargo de cocinero.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, a actualizar el cálculo actuarial, correspondiente al tiempo laborado por el demandante en la Flota Mercante Gran Colombiana S.A.,

entre el 07 de enero de 1980 al 16 de abril de 1985 y que se realizó dentro del expediente a folios 1134 a 1136.

**TERCERO: CONDENAR** Fiduciaria la Previsora a pagar el cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado por el demandante entre el 07 de enero de 1980 al 16 de abril de 1985, debidamente actualizado a COLPENSIONES, con los recursos de patrimonio autónomo que administra o en su defecto con los recursos que serán aportados por la Federación Nacional de Cafeteros.

**CUARTO: DECLARAR** que entre el JOCKEY CLUB y el señor LUIS FERNANDO COTE CALDERON, existió un contrato de aprendizaje para el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 1976 al 1 de agosto de 1977, para que el trabajador desempeñara el cargo de ayudante de cocina.

**QUINTO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a recibir el cálculo actuarial actualizado, correspondiente al tiempo laborado por el demandante en el Jockey Club, entre el 07 de enero de 1980 al 16 de abril de 1985, teniendo como IBL para el año 1976 la suma equivalente a \$1560 pesos y para 1977, la suma de \$1770 pesos y que se realizó dentro del expediente a folios 1137 a 1141.

**SEXTO: ABSOLVER** a las demandadas de las restantes pretensiones elevadas en su contra.

**SEPTIMO: ABSOLVER** al Ministerio de Hacienda de todas las pretensiones incoadas en su contra.

**OCTAVO:** El despacho declara no probados los medios exceptivos de defensa presentados por COLPENSIONES, ASESORES EN DERECHO S.A.S., FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUCIARIA LA PREVISORA. Se declaran probadas las excepciones propuestas por la NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

**NOVENO: CONDENAR** a las demandadas FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUCIARIA LA PREVISORA, ASESORES EN DERECHO Y JOCKEY CLUB, a pagar las costas de primera instancia en favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en 4 SMMLV a cargo de cada uno al momento del pago. Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES. El demandante será condenado en costas a favor de la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Las agencias en derecho se tasan en 1 SMMLV.

**DÉCIMO:** Se ordena remitir en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la Fiduprevisora.”

#### **IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE**

Alegó en síntesis que el cálculo actuarial se debe liquidar, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios y no con la remuneración recibida año a año, como lo determinó el juez de primera instancia. Así mismo aseguró que, esta Sala Especializada en diferentes pronunciamientos ha indicado que las primas extralegales de servicio constituyen salario, razón por la cual deben ser incluidas dentro de la remuneración que se debe reportar ante la entidad de seguridad social. Sumado a lo anterior, indicó que el pago del cálculo,

debe estar a cargo del empleador en un 100%, sin que el trabajador este en la obligación de cubrir algún porcentaje, ante la omisión de aquel en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por otra parte, argumento que no se debe exonerar al ente ministerial de la suplicas de la demanda, al ser el “dueño” de la Flota Mercante, además de asegurar el pago de las condenas. Finalmente aspira a que las costas asciendan entre el 10.1% y 15% de las condenas.

#### **V. RECURSO DE APELACION FIDUPREVISORA.**

Indicó que solo actúa como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo Panflota, por lo que sus funciones solo se centran en realizar los pagos de las mesadas pensionales y aportes al sistema de seguridad social a la EPS de los pensionados. Finalmente considera que dicha obligación está en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café.

#### **VI. RECURSO FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

Reitero que el infortunio o insolvencia de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante obedeció a razones exógenas a la voluntad de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café. Así mismo indicó que dentro del contrato de administración del citado fondo, se encuentran unas especificaciones, entre las que se encuentra que los recursos destinados al pago de emolumentos de carácter pensional, deben estar aprobados por el Comité Nacional de Cafeteros y no por la federación en su condición de administrador. Por otra parte, aseguró que la entidad empleadora en su momento no estaba en la obligación de realizar aportes al sistema de seguridad social en pensiones, como quiera que durante el periodo que el demandante laboró a favor de la Compañía Flota Mercante, no existía la obligación de inscripción en el ISS.

Agregó que, en caso de confirmarse la sentencia, se considere la posibilidad de modular la condena, en el entendido de ordenar el pago de los aportes indexados por cada uno de los periodos laborados; además que se deben verificar los salarios adoptados por el juez de primera instancia, ya que considera que los mismos deben corresponder a los devengados por el trabajador, sin incluir factores que no tenían la connotación salarial. Igualmente alega que se deben estudiar los topes máximos de aseguramiento, así como los periodos de licencias no remuneradas y sanciones impuestas al trabajador y ordenar que el demandante pague el porcentaje que le corresponde por aportes pensionales, al no existir a su juicio una omisión por parte del empleador. Finalmente aduce que no había lugar a proferir condena por costas procesales, ya que el criterio adoptado por el operador judicial fue el resultado de la aplicación de una circunstancia denominada “doctrina probable.”

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A y 69 del CPL y SS, la sala examinará si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento del cálculo actuarial por parte de la Flota Mercante, por el periodo laborado entre el 07 de enero de 1980 al 16 de abril de 1985, si el mismo se debe liquidar con inclusión de las primas de servicio y otros factores salariales; si se debe incluir a la Nación – Ministerio de Hacienda como responsable de su pago. Resuelto lo anterior se definirá la condición tanto de FIDUPREVISORA como de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, frente a las obligaciones reclamadas.

En esta instancia, hechos no discutidos, el que el señor LUIS FERNANDO COTE CALDERON, laboró al servicio de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. por el tiempo comprendido entre el 07 de enero de 1980 y el 16 de abril de 1985 (folio 8 y 40).

Así mismo, que mediante Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, la Superintendencia de Sociedades de Bogotá, declaró extinguida la persona jurídica compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en liquidación obligatoria (folio 829); que se suscribió un contrato de fiducia mercantil n.º 3-1-1-0138 entre la citada empresa (CIFM) y la Fiduciaria La Previsora S.A., para la administración del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, acordándose entre las obligaciones a cargo de la fiduciaria la administración del pasivo pensional y las contingencias jurídicas en curso (fls. 841-849).

Para definir si procede el reconocimiento del valor del cálculo actuarial reclamado se atenderá el precedente jurisprudencial contenido entre otras, en las sentencias del 16 de julio de 2014 rad. 41745 y 43182 de 20 de octubre de 2015, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que indican que si bien no es posible hablar de empleadores omisos respecto de aquellos empleadores que acudieron oportunamente al llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, en función de la extensión gradual de la cobertura; no por ello quedaron excluidos de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que, entre tanto se garantizaba esa cobertura, seguían teniendo a su cargo los riesgos de pensión, aún sin subrogación; de manera que respecto de dichos periodos, estaban obligados a contribuir a la financiación de una eventual pensión a través de cálculos actuariales.

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto se tuvo una tesis inicial consistente en que el empleador era inmune a toda responsabilidad generada en el no pago de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no la alcanzó, partiendo de la literalidad del texto de la Ley 90 de 1946, y los Acuerdos 189 de 1965, 224 de 1966, 044 de 1989, y el Acuerdo 049 de 1990, se consideró que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas (sentencias del 16 de julio de 2014, Rad. 41745, y 20 de octubre de 2015, Rad. 43182)

En el presente caso, encontramos que por Resolución n.° 3296 del 15 de agosto de 1990, se estableció el inicio de inscripción en el régimen de los Seguros Sociales obligatorios para el personal del mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítimo. Considera la Sala con base a los precedentes jurisprudenciales que, aunque la demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores a la entidad de seguridad social en la fecha antes mencionada, lo cierto es, que ello no la exoneró de la obligación de responder por los periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador, razón por la cual este aspecto de la sentencia de primera instancia será confirmada.

Frente a este tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395, señaló la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial.

Se agrega a lo anterior, que el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore, por lo que es a través de este mecanismo que se cubrirá los aportes al sistema general de pensiones, por el tiempo laborado por el demandante Flota Mercante Gran Colombiana S.A.

Definido lo anterior, pasa a estudiarse la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, encontrando que ésta como administradora del Fondo Nacional del Café, funciona como matriz o controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante; de

conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1997, donde señaló que de acuerdo con el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, existe una presunción legal de “*responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante frente a las obligaciones que adquiera la sociedad subordinada*”, presumiéndose que la situación de concordato o liquidación acaeció por causa de la sociedad matriz o controlante, cuando se presenten las situaciones que están ilustradas en la SU-1023-2001, en la que la Corte Constitucional estableció la condición de empresa matriz o subordinante de la Federación Nacional de Cafeteros, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en los siguientes términos:

*“Existe, adicionalmente, la presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante frente a las obligaciones que adquiera la sociedad subordinada. El párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 señala:*

*Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.*

*La norma transcrita contiene dos postulados de interés para la decisión que adopte la Corporación. De un lado, consagra la presunción legal según la cual una sociedad se encuentra en situación concursal debido a las actuaciones derivadas del control por parte de la matriz o controlante o sus vinculadas, y, de otro lado, como consecuencia de lo anterior, señala la responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz frente a las obligaciones de la sociedad controlada.*

*El párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 fue demandado en acción pública de inconstitucionalidad. Esta Corporación lo declaró exequible<sup>1</sup>...*

*De acuerdo con la ley y según la información que obra en el expediente, la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, es la entidad matriz o controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante –CIFM, en liquidación obligatoria.*

*De un lado, el 80% de la propiedad accionaria de la CIFM fue adquirida por la Federación Nacional de Cafeteros, con recursos del Fondo Nacional del Café, lo cual implicó que tuviera una representación mayoritaria en la Junta Directiva de aquella Compañía. <sup>2</sup> (C. de Co. Art. 437).*

---

<sup>1</sup> En la Sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>2</sup> El artículo 347 del Código de Comercio establece que “La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipule un quórum superior”.

*De otro lado, el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 consagra los supuestos en los cuales opera la presunción de subordinación de una sociedad. Dice este artículo:*

*ARTÍCULO 27. Presunciones de Subordinación. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:*

*Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:*

*1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*

*2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*

*3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*

*Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.*

*Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.<sup>3</sup>*

Finalmente, la Corte concluyó:

*“En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las*

---

<sup>3</sup> En relación con las características de la subordinación a que alude el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, la Corte Constitucional señaló lo siguiente en la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “Como se observa, pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos, significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos”.

*acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”. (Resaltado fuera de texto).*

De conformidad con el criterio jurisprudencial previamente transcrito, se advierte la calidad de empresa matriz o subordinante de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; además de ello, obra en el plenario la inscripción de la Sociedad subordinada que realizó el Gerente General de la Federación ante la Cámara de Comercio de Bogotá, donde señaló: (fls. 303-304)

*“(…) 2.- En su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste, la Federación tiene el ochenta por ciento (80%) de las acciones de la sociedad actualmente denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la cual fue constituida bajo el nombre de Flota Mercante Grancolombiana S.A. (...) La mencionada sociedad pasó a tener su nombre actual, de conformidad con la reforma estatutaria contenida en escritura pública número 513 del 5 de febrero de 1.997, de la Notaría 18 de esta ciudad.*

*3.- Dado lo expresado en el punto anterior, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se encuentra en la situación de subordinación establecida en el por el (sic) artículo 27 de la ley 222 de 1.995, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en tanto ésta obra en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, por cuanto, en la condición dicha, es titular de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la mencionada sociedad anónima.*

*Por lo tanto, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. es una filial de la Federación, en cuanto ésta obra como administradora del Fondo Nacional del Café.*

*4.- En consecuencia, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 222 de 1.995, mediante el presente documento se procede a inscribir en el registro mercantil la mencionada situación de control.<sup>4</sup>”*

---

<sup>4</sup> El concepto emitido el 15 de febrero de 2001 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Rad. 1.307, contiene el siguiente aparte relacionado con la situación de control que ejerce la

*Federación sobre la CIFM: “En el certificado de registro mercantil de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en liquidación obligatoria, expedido por la Cámara de Comercio el 7 de febrero del presente año, se encuentra la siguiente anotación: ‘Que por documento privado del 29 de abril de 1998 de Santafé de Bogotá, inscrito el 9 de junio de 1998, bajo el número 637602 del Libro IX, La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, domiciliada en Santafé de Bogotá D.C., comunicó que en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de este como matriz, se configurado una situación de control con la sociedad en referencia”.*

Por otra parte, del certificado de existencia y representación legal, que obra a folio 41 del plenario, perteneciente a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., se indicó:

*“que, por documento privado del 29 de abril de 1998, de Santafé de Bogotá, inscrito el 9 de junio de 1998, bajo el número 637602 del libro ix, la federación nacional de cafeteros de Colombia domiciliada en Santafé de Bogotá D.C., comunico que en su condición de administradora del fondo nacional del café t con recursos de este como matriz, se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia.”*

El argumento de la la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS invocado para para ser eximida de la responsabilidad subsidiaria, consistente en que el infortunio empresarial de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. obedeció a las decisiones del Estado Colombiano contenidas en la Ley 7 de 1991 y los Decretos 501 de 1990 y 2327 de 1991, que dispusieron la supresión de la “reserva de carga” que la benefició hasta ese momento, consistente en tener la exclusividad para transportar el 50% de la carga entrante y saliente del territorio nacional, fue apenas uno de los tantos factores que, antes de la adquisición por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, incidió en el decrecimiento económico de la entonces FLOTA MERCANTE, pues incluso durante los 13 años precedentes a la abolición de aquella prerrogativa (1979 – 1991), la participación de la FLOTA en el comercio exterior de Colombia fue disminuyendo progresivamente, debido a otros factores como la revaluación del peso frente al dólar, la reducción de las tarifas de los fletes internacionales y el auge del transporte multimodal frente a la precariedad de su flota, lo cual conllevó inclusive, a que el comercio exterior del país creciera en la misma medida que el volumen movilizado por la FLOTA MERCANTE disminuía, pese a la existencia de la reserva de carga.

De esta manera, queda en evidencia que la eliminación por mandato legal de la reserva de carga, además de ser un hecho anterior al ingreso de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como socio mayoritario de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., no fue la causa que generó el descalabro económico de esta última.

Bajo las anteriores premisas se considera que no erró el juez de instancia al declarar la responsabilidad subsidiaria, en relación con las condenas impuestas a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de la Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, se encuentra acreditado que suscribió el contrato de mandato n°. 9264-001-2014 donde nombró y facultó a la sociedad Asesores en Derecho SAS, como mandatario con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA (fl. 901 CD), acordando las siguientes obligaciones: **i)** expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana SA, con cargo a Panflota una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los recursos; **ii)** atender los requerimientos judiciales y administrativos; **iii)** excepcionalmente cuando medie orden judicial expedir el acto administrativo que ordene la reliquidación pensional; **iv)** gestionar su propia defensa judicial.

Además, en la cláusula sexta del mencionado contrato, se determinó que las obligaciones económicas o pecuniarias que se desprenden de los actos administrativos expedidos por el mandatario en desarrollo del mandato, con ocasión de la atención de solicitudes o trámites de derechos pensionales de los ex trabajadores de la entidad liquidada estarán a cargo exclusivamente del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, en estricto cumplimiento de la sentencia SU-1023-2001.

Lo anterior permite concluir que la relación sustancial y obligaciones laborales de los extrabajadores y pensionados de la Flota Mercante, recae sobre el patrimonio autónomo al cual se adjudicaron los bienes que pertenecían a la liquidada y concluir que la sociedad Asesores en Derecho S.A.S., en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, simplemente es la responsable de emitir la respectiva resolución a través de la cual se reconozca y ordene transferir a COLPENSIONES el valor correspondiente al cálculo actuarial.

Adicionalmente, según el contrato de mandato n°. 9264-001-2014, es el Patrimonio Autónomo PANFLOTA quien asume las obligaciones

económicas que se derivan de los actos administrativos expedidos por Asesores en Derecho SAS, una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los recursos, es decir, que la Fiduciaria la Previsora SA, como vocera y administradora de PANFLOTA, debe coordinar el traslado del bono pensional pretendido en ejercicio de las facultades que le fueron otorgadas.

Bajo los anteriores presupuestos facticos, es claro para la Sala que el llamado a responder por las condenas impuestas en la presente decisión, es el PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA, cuya vocera y administradora es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., mientras que ASESORES EN DERECHO S.A.S., son simplemente mandatarios con representación facultados para emitir actos de reconocimiento de algunas obligaciones con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA, de conformidad con el Contrato de Mandato No. 9264-001-2014 suscrito; sin embargo frente a esta última demandada nada se impuso en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia *-absolución que no fue materia de apelación-* por lo que no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno en esta instancia.

Respecto a revocar la absolución impartida por el Juez de conocimiento, frente a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desde ya ha de denegarse esta suplica, en la medida que la Nación no tiene ninguna responsabilidad frente a la actuación de un particular como lo es La Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, razón por la cual se confirmara la sentencia de primera instancia en lo pertinente.

### **Salario para efectos del cálculo actuarial.**

El Decreto 1887 de 1994 a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señala en cuanto al salario que se debe tomar para éste operación aritmética lo siguiente:

*“ARTICULO 4o. SALARIO DE REFERENCIA. (...) El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, ni superior a 20 veces dicho salario.*

**PARAGRAFO. Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.**

Conforme a lo anteriormente dispuesto, el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe ser el último devengado por el accionante, lo que además se acompasa con las sentencia con radicación 42530 del 22 de abril del 2015 de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que para la liquidación del cálculo actuarial tomó el último salario, sin que se deba incluir la prima de servicios, pues además según lo dispone el artículo 307, esta prestación no constituye salario, hecho que tiene sustento en el precedente de nuestro alto tribunal de cierre expuesto entre otras en la sentencia con radicación 36369 del 7 de diciembre de 2010 en la que se consignó:

*“Significa lo anterior que el hecho de que la demandada incluyera las primas de servicio extralegales en el salario devengado por el actor para liquidar el auxilio de cesantía, no implica forzosamente, a la luz de lo que acreditan las pruebas del proceso, que debiera hacerlo con la pensión de jubilación, pues no hay ningún elemento de convicción del que pueda concluirse que, para esos efectos, debían considerarse como factor salarial.”*

Por lo anterior no hay lugar para dar trámite a las inconformidades alegadas por la actora al sustentar el recurso de apelación. Sin embargo, habrá de modificarse la decisión de primera instancia, en el entendido que COLPENSIONES deberá realizar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 07 de enero de 1980 y el 16 de abril de 1985, con base al último salario devengado por el trabajador equivalente a US\$642.58 (folio 9 hoja de vida), y descontando 8 días de sanciones del lapso correspondiente entre el 21 y 28 de mayo de 1982 (folio 47) y dos días de permiso no remunerado para julio de 1982 (folio 75)

#### **Pago del cálculo actuarial o cotizaciones con sus intereses moratorios.**

Estima la Sala que debe tomarse los lineamientos adoctrinados en la sentencia SL1515 con radicación No. 50481 del 3 de mayo de 2018, la cual

indica que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del ISS, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos por dichos períodos, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad.

En ese orden, como quiera que de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el ISS subrogó a los empleadores en el riesgo pensional, ello resulta intrascendente en el *caso bajo examen*, toda vez que la relación laboral que vinculó a las partes finalizó antes de entrar en vigencia esa normativa; luego, la obligación en materia de pensiones siempre estuvo a cargo del empleador, y en esa dirección, se ha dicho que la totalidad del pago del cálculo actuarial a cargo de éste se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional, máxime cuando que se trata de un lapso en que la obligación estuvo a cargo de aquel y además, porque ello no resquebraja la estabilidad financiera del sistema, toda vez que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas, tal y como se adoctrinó en la Sentencia SL1515 con radicación No. 50481 del 3 de mayo de 2018, por lo que PANFLOTA deberá asumir el 100% del pago del cálculo actuarial, como lo indicó el *A Quo* y no en la porción que pretende la demandada.

### **Costas procesales**

Respecto de la condena en costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral, por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T Y SS, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, por ende se considera que dicha condena, no se encuentra supeditada al hecho de si el sujeto que resultó vencido en juicio, actúo o no de buena fe, a disquisiciones intrínsecas o meras subjetividades, su imposición obedece a criterios objetivos y solo se circunscribe al resultado del proceso.

Atendiendo lo expuesto, la condena en costas que impuso el operador jurídico de primera instancia se torna procedente, al ceñirse al contexto normativo que las regula.

Ahora, si lo pretendido por la demandante es que se modifique la decisión que fijó el monto de las agencias en derecho, esta no es la oportunidad procesal, para recurrir la decisión, pues a la luz de lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, la liquidación de las mismas, se fijan inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia o lo dispuesto por el superior. Sumado a que la precitada norma en su numeral quinto, prevé que el monto de las agencias en derecho solo podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Por lo considerado, se confirmará en todas sus partes la sentencia recurrida.

**Costas. Sin costas en esta instancia.**

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. – MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de enero de 2020, en el entendido que, COLPENSIONES deberá realizar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta el periodo laborado por el demandante en la Flota Mercante Gran Colombiana, entre el 07 de enero de 1980 y el 16 de abril de 1985, con base al último salario devengado, equivalente a US\$642.58, descontando 8 días por sanciones por el lapso entre el 21 y 28

de mayo de 1982 y dos días de permiso no remunerado para julio de 1982, conforme lo expuesto.

**SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia impugnada en cuanto condenó FIDUCIARIA LA PREVISORA al pago del cálculo actuarial y en su lugar imponer la condena a cargo de PANFLOTA quien es el responsable de la obligación por los servicios prestados por el actor a la FLOTA MERACANTE GRAN COLOMBIANA, entre el 7 de enero de 1980 y el 16 de abril de 1985, y en su defecto de manera subsidiaria a cargo de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTRE EL NUMERAL OCTAVO** en cuanto declaro no probadas las excepciones propuestas por ASESORES EN DERECHO SAS y FIDUCIARIA LA PREVISORA, para en su lugar declarar que hay falta de legitimación sustancial, en razón a que la obligación corresponde a PANFLOTA, de la cual son solo mandatarios la primera y vocero y representante la segunda, por las razones expuestas en la parte motiva.

**CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL NOVENO** en cuanto impuso condena en costas a cargo de FIDUCIARIA LA PREVISORA y ASESORES EN DERECHO, por cuanto no son las obligadas sustanciales al pago del cálculo actuarial, sino vocero y representante y mandatarios respectivamente.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente sentencia se notifica en EDICTO.

Los magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
ACLARACION DE VOTO



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
ACLARACIÓN DE VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
ACLARACION DE VOTO. Comparto la decisión y estimo pertinente advertir que la condena  
impuesta al patrimonio autónomo debe ser pagada por su administrador: FIDUPREVISORA.

*Última hoja del proceso ordinario n. °007-2017-00413-01, promovido por LUIS FERNANDO COTE  
CALDERON VS ASESORES EN DERECHO Y OTROS (CONFIRMA SENTENCIA)*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS OMAR RAMOS LINARES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y como vinculada la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 012 2018 00661 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta., contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de febrero de 2021.

En esta instancia se recibió alegatos remitido por el apoderado de la parte demandada.

PORVENIR S.A reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al Juez primigenio, debido a que da por demostrado sin estarlo que el demandante no fue informado sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, restándole medio probatorio al formulario de afiliación, el cual es el único documento exigible para la afiliación del actor con la AFP, esto de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A. y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculado legalmente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, hasta que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5, 6, 13, 23, 29, 53, 209 de la Constitución Nacional; el Decreto 3486 de 1982; Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; la Ley 1328 de 2009; la Ley 1480 de 2011 y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 46292 de septiembre de 2014.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 44 a 51, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP PORVENIR S.A., sin que probara error, fuerza o dolo, en la afiliación a la Administradora Privada, por lo que no procede la declaratoria de nulidad. Propuso las excepciones de

prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., dio respuesta en escrito visible a folios 79 a 94, en el que se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que a la fecha de vinculación al RAIS el 31 de marzo de 1998, a Colfondos S.A., y posteriormente a Porvenir S.A., el 4 de diciembre de 2001, se le suministro al actor la información requerida sobre las características, ventajas, desventajas y diferencias de los dos regímenes pensionales creados por el Sistema General de Pensiones. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

Colfondos S.A., dio respuesta en escrito visible a folio 154, en el que se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que la AFP brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 11 de febrero de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación del demandante CARLOS OMAR RAMOS LINARES, efectuada en su momento con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. de fecha 31 de marzo de 1998 y, la subsiguiente con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. del 04 de diciembre de 2001, según formularios 264424 con COLFONDOS Y 01641657 con PORVENIR.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR a trasladar el valor de saldos aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS y PORVENIR a devolver los gastos de administración proporcionalmente al tiempo de su afiliación, así como las comisiones del régimen de ahorro individual con destino al régimen de prima media con prestación definida, incluso con cargo a sus propias utilidades como ya se dijo de manera proporcional.*

*CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante, y a recibir el monto de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración, ordenados en los numerales anteriores, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.*

*QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR de las demás suplicas de la demanda.*

*SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

*SEPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS, en la instancia.*

*OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente Sentencia, sùrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Distrito Judicial de Bogotá D.C.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en relación a la escogencia de régimen esta debe ser libre, voluntaria y plenamente informada, siendo un requisito de existencia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, agregó que al no existir la mencionada figura se está en presencia de la nulidad o la ineficacia, por otro lado manifestó que el deber de información que recae en las administradoras de pensiones y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho deber.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la decisión emitida, con fundamento en que cuando el demandante se traslada de régimen para dicho momento no existía la obligación expresa de dejar documento adicionales fuera del formulario de vinculación, sin perder de vista el origen de la situación en las Sentencias 33083; 31989 ya eran personas que se podía calcular su mesada pensional por tanto estaban a menos de 6 meses o un año de obtener el derecho pensional, en el caso del demandante cuando se vincula con la AFP se encontraba a más de 25 años de obtener un derecho

pensional, es decir, no tenía ninguna expectativa legítima, por otro lado, señaló que en la sentencia de manera automática se condena a la AFP a gastos de administración sin fundamentar la razones de dicha condena.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo

viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. 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 necesaria 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.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

**2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*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 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los*

*servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*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.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento obrante a folio 98, se evidencia la existencia del formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 4 de diciembre de 2001.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año de 1998, en su lugar de trabajo recibió a un asesor de Colfondos, que le señaló la situación por la que esta pasando el Seguro Social y de los beneficios que tendría al trasladarse de régimen; posteriormente señaló que nuevamente en su lugar de trabajo se acercó una persona de Porvenir en una reunión general sin que le dieran información diferente a la ya recibida.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro*

*individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de febrero del 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
LORENZO TORRES RUSSY

  
MARLENY RUEDA OLARTE

  
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR STELLA LOPEZ PULIDO**  
**contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**  
**PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 020 2019 00397 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de Colpensiones contra de la sentencia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de octubre de 2020.

**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, el día 10 de febrero de 1997, y

como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 12 de junio de 1959, que estuvo vinculada en pensiones a CAJANAL desde el 23 de abril de 1979, hasta 1 de abril de 1997, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 5, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional, los artículos 1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508 y 1510 del Código Civil, las sentencias de la Corte Constitucional T-818 de 2007 y T-398 de 2009.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación como aparece de folios 76 a 109, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que la AFP haya inducido a error a la demandante o de que se esta en presencia en un vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y las genéricas que resultaren probadas.

PORVENIR S.A. contestó la demanda como aparece en el escrito visible a folios 159 a 178, en el que se opuso a todas las pretensiones, señalando que, de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no se evidencian supuestos facticos que permitan acreditar error, fuerza o dolo. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de octubre de 2020, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR, la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora STELLA LOPEZ PULIDO a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado el día 01 de abril de 1997, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

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

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONODO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada STELLA LOPEZ PULIDO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*

*CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas la ADMINISTRADORA DE FONODO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y COLPENSIONES EICE, a favor de la señora STELLA LOPEZ PULIDO. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, a cuota parte.*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico, cuando se presenta el hecho de la afiliación desinformada, es la ineficacia en sentido estricto; agregó que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información suficiente, objetiva y completa sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro y en consecuencia, concluye que será ineficaz la afiliación cuando la falta de información genere daño injustificado en el derecho pensional del afiliado, que no es suficiente la suscripción del formulario, y que en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las administradoras de pensiones probar su deber de información.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de PORVENIR., interpuso recurso de apelación, con fundamento en que la afiliación de la actora fue libre y voluntaria, toda vez que el Fondo cumplió a cabalidad las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo a los parámetros establecidos en la normatividad vigente; resaltó que la demandante era una persona capaz al momento de suscribir el acto jurídico de afiliación, ya que la misma era consciente de las características y requisitos que debía cumplir para alcanzar el monto pensional. Solicitó que en caso de ser confirmada la sentencia proferida, se absuelva a la AFP de la devolución de los gastos de administración, en la medida en que se dio cumplimiento a las obligaciones que se encuentran consagradas en la Ley y por ende se encuentran causados.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación con fundamento en que los vicios de fuerza, error y dolo deben ser probados por quien los alega, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que sea suficiente la afirmación de la demandante, siendo desproporcionado imponer la carga de la prueba para la administradora pensional, que es la más afectada en materia de sostenibilidad financiera.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n°

59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. 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 necesaria 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.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento*

al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

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 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento obrante a folio 179, se evidencia la existencia del formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 10 de febrero de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en su lugar de trabajo recibió a un asesor de Porvenir S.A., quien le informó que el Seguro Social se iba a liquidar y que sus aportes se encontraban en riesgo, que le señaló que podría pensionarse de manera anticipada, que su pensión sería mucho más alta que la que recibiría del régimen de prima media, así como también que en caso de no quererse

pensionar realizarían la devolución de todos sus aportes sin ninguna limitación o restricción.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

*En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 - por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente - Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la*

*liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.*

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

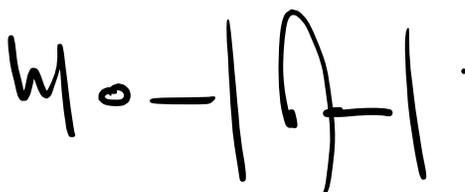
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HERNÁN HERRERA MORALES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**RADICADO: 11001 3105 027 2018 00583 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve los recursos de apelación presentados por los apoderados del demandante, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de junio de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes. La apoderada del demandante, luego de historiar el proceso se refirió a lo que fue materia de su recurso de apelación frente al número de semanas cotizadas, al señalar que para el reconocimiento pensional no se tuvieron en cuenta en su totalidad, lo cual incide en el porcentaje de la tasa de remplazo que se debe tomar, por ello

pidió modificar la sentencia en este aspecto y confirmarla en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen.

A su vez la demandada Colpensiones solicitó se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, al manifestar que no se acreditó ningún vicio del consentimiento capaz de invalidar la decisión del actor de trasladarse de régimen pensional, por lo cual no le son aplicables las prerrogativas para declarar la ineficacia del traslado efectivamente realizado.

Por su parte PORVENIR S.A., igualmente pidió revocar la decisión del Juzgado, sostuvo que no procede la ineficacia del traslado que se dispuso en la sentencia, así mismo objetó la devolución de la comisión de administración, según los argumentos y normas que relacionó en su escrito.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió se declare la nulidad de la vinculación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., en mayo de 1999 y posteriormente a Colfondos S.A. el 1° de mayo de 2000, a Protección S.A. en julio de 2006 y nuevamente a Porvenir S.A. en noviembre de 2009, por cuanto existió vicio del consentimiento porque no recibió ninguna información al momento de la afiliación, ni en las vinculaciones posteriores. Igualmente solicitó condenar a Colpensiones al pago de la pensión por vejez a partir del 1° de octubre de 2018.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que desde el 9 de febrero de 1981 se vinculó en pensiones al Instituto de Seguros Sociales, el 3 de mayo de 1999, fecha en que se trasladó a la AFP Colpatria S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información

necesaria para adoptar esa decisión de manera informada. Señaló que por contar con más de 1500 semanas y 62 años de edad, el 10 de mayo de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a Colpensiones la cual fue negada

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional, Decreto 656 de 1994, Artículos 1502, 1508, 1510, 1511, 1740, 1741, 1742 y 1749 del Código Civil; así como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados SL29 de 2018, 31989 y 31314 de 2008.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 156 a 171, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que no se estructuran los presupuestos fácticos ni legales para la prosperidad de la nulidad de la afiliación al RAIS; igualmente manifestó que para la fecha en que solicitó su traslado de régimen ya se encontraba en la prohibición legal para ello, y aunado a ello no se acredita ninguna causal de nulidad que permita acceder a lo pretendido en la demanda. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para el reconocimiento de la pensión de vejez, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 220 a 228, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en la inexistencia de razones fácticas y jurídicas que conduzcan a la ineficacia del traslado que válidamente realizó el actor, decisión que adoptó al haber recibido la adecuada asesoría, sin que sea aplicable en este caso el precedente jurisprudencial. Propuso las excepciones de prescripción, falta

de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con el memorial incorporado a folios 250 a 260, en el que fundamentó su oposición en el cumplimiento de todos los requisitos legales para la afiliación del actor. Propuso las excepciones de validez de las afiliaciones al RAIS, prescripción, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. para dar contestación remitió el escrito visible a folios 285 a 295, en el que se opuso a la demanda por existir validez y eficacia del actor jurídico de afiliación a ese Fondo, por lo cual no existe vicio del consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y prescripción.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 25 de junio de 2020, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO.DECLARAR la ineficacia del traslado del señor HERNÁN HERRERA MORALES del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y los que posteriormente realizó entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HERNÁN HERRERA MORALES, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses*

*generados en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

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

*CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a PAGAR al señor HERÁN HERRERA MORALES la PENSIÓN DE VEJEZ en cuantía de \$3'146.339 a partir del 1° de septiembre de 2018, junto con los incrementos legales anuales y una mesada adicional anual, una vez se hayan cumplido las obligaciones previstas en los numerales anteriores, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a PAGAR al señor HERNÁN HERRERA MORALES, la suma de \$74'783.587 que corresponde al retroactivo pensional causado entre el 1° de septiembre de 2018 y el 31 de mayo de 2020, incluidos los reajustes legales y una mesada adicional anual, una vez se hayan cumplido las obligaciones previstas en los numerales anteriores, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEXTO: AUTORIZAR a la ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional, los aportes que deben efectuarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud y ORDENAR que se trasladen a la EPS a la que se encuentre afiliado el señor HERNÁN HERRERA MORALES.*

*SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, IMPOSIBILIDAD JURIDICA Y BUEBA FE, formuladas por COLPENSIONES; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADAS, BUENA FE, Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA formuladas por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; VALIDEZ DE LAS AFILIACIONES AL RAIS CON COLFONDOS, INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR EN DERECHO, BUENA FE formuladas por COLFONDOS S.A.; TRASLADO Y MOVILIDAD DENTRO DEL RAIS A TRAVÉS DE DIFERENTES AFPS CONVALIDA LA VOLUNTAD DE ESTAR AFILIADO A DICHO REGIMEN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTADE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, FALTA DE JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PUBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES y TRASLADO DE APORTES formuladas por la ADMINISTRADORA*

*DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.  
OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.  
NOVENO: CONDENAR a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a pagar al demandante las costas del proceso en la suma de \$800.000, como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.”*

La apoderada del demandante solicitó la adición de la sentencia al manifestar que al momento de efectuarse el reconocimiento pensional se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas con Porvenir S.A., pero no los aportes que fueron efectuados con los demás Fondos privados, ni tampoco los tiempos en que estuvo vinculado como servidor público; lo cual dice que implica que la tasa de remplazo es superior a la tenida en cuenta por el Juzgado en la sentencia.

El Juzgado negó esa solicitud al indicar que en la sentencia se tuvieron en cuenta todas las mesadas que se acreditaron en el expediente, en la medida que todos los Fondos demandados hicieron los respectivos traslados de aportes y que los argumentos para solicitar la adición corresponden a un recurso de apelación.

Como fundamento de su decisión, citó múltiples sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia respecto al tema de la ineficacia del traslado de régimen, y en consideración a que en este caso no se acreditó por los Fondos demandados el deber de información a que aluden esas decisiones, es procedente declarar la ineficacia de la afiliación que realizó el actor al Régimen de Ahorro Individual. Con relación a la condena impuesta a Colpensiones frente al reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, consideró que se acreditaron los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para acceder a ese derecho.

#### IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada del demandante interpuso recurso de apelación *“solamente en lo que atañe al número de semanas cotizadas, porque afecta e incide en la liquidación de la pensión por vejez, en primer lugar porque al momento de tomar el número de semanas no se tuvieron en cuenta las cotizadas a las otras administradoras, ni se tuvo en cuenta el tiempo cotizado como servidos público, y por eso para el año 2018 ya alcanzaría 1663 semanas y por eso la tasa de remplazo no sería del 62.27% sino que sería mucho más elevado en razón a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003; por ello la pensión reconocida no corresponde con el número de semanas que cotizó el demandante, por eso solicito que se modifique en este aspecto la sentencia.”*

COLPENSIONES solicitó revocar la sentencia y que se absuelva de todas las pretensiones, teniendo en cuenta que para el momento en que el afiliado realizó su traslado al RAIS no existía el deber de información en la forma en que posteriormente fue establecido por normas que no tienen el carácter de retroactivas, por lo cual no se le podía imponer esa carga cuando dicha obligación no existía en el ordenamiento jurídico. Manifestó que la vinculación del actor se produjo de manera libre y voluntaria de acuerdo con la información que en su momento se le suministró; dijo que por ser el actor abogado no se le puede tener como afiliado lego al tener conocimiento de las implicaciones que conlleva celebrar actos jurídicos. Finalmente dijo no estar de acuerdo con la condena por concepto de restitución de los gastos de administración.

El apoderado de COLPENSIONES, igualmente pidió se revoque la sentencia en razón a que el Juzgado no tuvo en cuenta las reglas contractuales que rigen la afiliación al sistema pensional; manifestó que no se demostró la falta de responsabilidad de los Fondos demandados en el trámite de traslado del actor, sin que les fuera exigible el suministro de

información de la manera señalada en la sentencia recurrida y señaló que con la condena en contra de esta entidad se genera una afectación financiera y de sostenibilidad al sistema pensional que administra.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras

muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan: *“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. 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 necesaria 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.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente - Necesidad de un consentimiento informado**

*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 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*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.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 54, se evidencia que el demandante suscribió formulario de afiliación a COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., el 10 de abril de 1999, posteriormente a COLFONDOS S.A. el 1° de febrero de 2000 (fl. 55), a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 2 de septiembre de 2009 (fl. 56).

En el interrogatorio de parte absuelto por el actor, manifestó que cuando laboraba en la Asamblea de Cundinamarca en 1999, en una reunión grupal se recibió a un asesor del Fondo privado quien informó sobre la oportunidad de trasladarse de régimen pensional porque existían mejores posibilidades de pensionarse con menor edad y una mesada pensional superior a la que se tendría con el Seguro Social; sostuvo que ante esa expectativa de condiciones más favorables creyó que le convenía efectuar ese traslado; señaló que cuando tuvo cambios de empleador, en las otras empresas en las que laboró fue contactado por asesores de los diferentes fondos y con la misma información inicialmente brindada efectuó los posteriores traslados. A la pregunta formulada respecto de su profesión dijo ser abogado con especialidad en derecho administrativo, sin contar con conocimientos en el tema pensional.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En lo que toca con la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Con respecto a la condena impuesta por el Juzgado a COLPENSIONES correspondiente al reconocimiento de la pensión de vejez al actor, se debe indicar que para adquirir el estatus pensional, además de la edad se debe acreditar de manera específica el requisito de la densidad de cotizaciones, sin que en este momento se tenga certeza respecto del número total de semanas cotizadas por el afiliado, teniendo en cuenta que aún no se ha consolidado su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en los varios Fondos privados en los que estuvo afiliado, ni el tiempo cotizado en el sector público, como claramente lo manifestó su apoderada al momento de solicitar la adición de la sentencia de primera instancia en ese sentido; aspectos que fueron objeto de su posterior recurso de apelación al sostener que no se tuvieron en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas que según lo manifiesta le permiten acceder al derecho pensional con una tasa de remplazo superior a la tenida en cuenta por el Juzgado.

Es evidente de acuerdo con lo solicitado la apoderada del actor, que en efecto no se tiene certeza sobre ese puntual requisito de densidad de cotizaciones, pues al ordenarse el traslado de régimen del afiliado en la sentencia es claro que todavía no se ha consolidado su historia laboral, para permitir adoptar una decisión correcta frente a la pretendida pensión de vejez, no solo en cuanto al monto de la mesada pensional sino frente a otros aspectos, como el relacionado con el retroactivo que se haya podido causar.

En consecuencia, no resulta procedente efectuar de manera a priori el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, como lo hizo el Juzgado en la sentencia recurrida y consultada, por lo que se deberán revocar las decisiones adoptadas frente a esas condenas.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR los numerales CUARTO, QUINTO y SEXTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida el 25 de junio de 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez al actor, así como del pago del retroactivo pensional y de la autorización de efectuar descuentos para salud, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en cuanto declaró a ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL  
PROMOVIDO POR GILDO ANTONIO ROSSIANO ESTRADA contra  
TAKAMI S.A.**

**EXPEDIENTE N° 11001 3105 030 2019 00616 -01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

### **SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la sociedad demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de septiembre de 2020.

Por otra parte, se advierte que los apoderados de las partes presentaron escritos de alegaciones; por la parte demandante se solicitó confirmar la sentencia de primera instancia al manifestar que los conceptos sobre los que se aplicó la cláusula de exclusión salarial sí estuvieron encaminados a

remunerar el servicio prestado por el trabajador. A su vez el apoderado de la sociedad demandada reiteró los argumentos expuestos al interponer el recurso de apelación y señaló que se demostró que los pagos efectuados por la empresa con la denominación de auxilios de rodamiento y alimentación no constituyen salario.

## **I. ANTECEDENTES**

El actor solicitó se declare que los pagos recibidos durante el vínculo laboral con la sociedad demandada por auxilios de alimentación y rodamiento constituyen salario, así como las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas en que afirma haber laborado, por lo cual solicita las condenas por la incidencia salarial de tales conceptos en las prestaciones cuya reliquidación reclama. Igualmente peticionó el pago de la indemnización por despido, los aportes a seguridad social con el salario realmente devengado, la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la deficiente consignación de cesantías y la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculado laboralmente con la sociedad demandada durante el lapso comprendido entre el 4 de enero de 2017 y el 17 de junio de 2019, durante el cual se desempeñó como Director de Logística; manifestó que como remuneración percibió un salario básico e igualmente unos pagos habituales por auxilio de alimentación y rodamiento por la suma de \$500.000 mensuales; dijo haber laborado horas extras sin que en la liquidación de acreencias laborales le hubieran sido incluidos tales conceptos como salario y que la terminación del vínculo laboral obedeció a decisión unilateral y sin justa causa.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La sociedad demandada al dar contestación (fls. 72-83) aceptó la existencia del vínculo laboral entre las partes, con la precisión de haberse presentado el servicio con calidad de trabajador de confianza y manejo por lo cual no estaba sometido a la jornada máxima legal; frente a las sumas que le fueron pagadas por los conceptos de alimentación y rodamiento dijo existir cláusula de exclusión salarial pactada en el contrato de trabajo, sin que jamás tuvieran la finalidad de retribuir de manera directa el servicio. Aceptó que el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral y sin justa causa por lo cual se le pagó la respectiva indemnización. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 9 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, *Resolvió:*

*PRIMERO: DECLARESE que entre la demandada como empleadora TAKAMI S.A. y el señor GILDO ANTONIO ROSSIANO ESTRADA identificado con cédula de ciudadanía N° 72'008.952 de Barranquilla, como trabajador existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad del 4 de enero de 2017 y terminado sin justa causa el 17 de junio de 2019 por parte del empleador, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: DECLARESE ineficaz los parágrafos 2y 3 de la cláusula sexta del contrato de trabajo.*

*TERCERO: CONDENESE a la demandada sociedad TAKAMI S.A. a reconocer y pagar al señor GILDO ANTONIO ROSSIANO ESTRADA, las siguientes cantidades y conceptos:*

- a. \$1'959.721 por cesantías*
- b. \$204.827 por intereses de cesantías.*
- c. \$1'959.721 por prima de servicios*
- d. \$1'227.777 por compensación de vacaciones*
- e. \$10'100.000 por indemnización numeral 3° art. 99 Ley 50 de 1990*
- f. \$1'966.647 por indemnización art. 64 C.S.T.*
- g. \$33.333 diarios a partir del 18 de junio de 2019 y por 24 meses y a partir del mes 25 a pagar los intereses moratorios asignados a los créditos de libre asignación a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera sobre las cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios. Art. 65 C.S.T.*
- h. A pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde el 4 de enero al 31 de diciembre de 2017 teniendo en cuenta el IBL por valor adicional de \$500.000*

*mensuales, más los intereses de mora que establezca la administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.*

*CUARTO: ABSUELVASE a la demandada TAKAMI S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva.*

*QUINTO: CONDENESE EN COSTAS a la parte demandada, líquidense por Secretaría e inclúyase en el acto de liquidación la cantidad de \$1'200.000 por concepto de agencias en derecho, que deberá pagar a favor de la parte demandante.”*

Como sustento de su decisión señaló el a quo que de conformidad con las pruebas recaudadas se acreditó que aunque en el contrato de trabajo se pactó la exclusión de factor salarial por los conceptos que se reclaman en la demanda con ese carácter, se demostró que estuvieron encaminados a retribuir el servicio prestado por el trabajador, por lo cual resulta procedente la reliquidación de las prestaciones indebidamente pagadas; consideró que la sociedad demandada no acreditó la buena fe requerida para ser exonerada de las condenas por sanción e indemnización moratoria.

#### **IV. RECURSO DE APELACION**

El apoderado de la sociedad demandada solicitó revocar la sentencia al manifestar:

*“Tal y como se señaló en el escrito de contestación de la demanda y así como se aportó con el mismo, es claro que las sumas reconocidas en vigencia de la relación laboral como fue el auxilio de alimentación y rodamiento, quedaron expresos en el contrato de trabajo que firmó el demandante con mi representada con fecha del 4 de enero de 2017 al 17 de junio de 201, se dejó claramente expresado en dichas cláusulas la remuneración que el hoy demandante tendría a favor y en las cuales también de igual manera en la cláusula sexta existirían sumas no constitutivas de salario, tanto en el parágrafo 1º y 2º como eran el subsidio de alimentación y el subsidio de rodamiento; en este aspecto me permito apartarme plenamente de lo sustentado por el Despacho en cuanto a que en ningún momento se justificó que dichos pagos o emolumentos no hicieran parte del factor salarial, como lo expresó el juzgador de primera instancia en su sentencia y de la cual solicito al Tribunal Superior Sala Laboral se revoque plenamente dicha decisión; claro está que dentro del interrogatorio de parte y así lo desconoce el juzgador, el Representante Legal informó que efectivamente en el caso del auxilio de rodamiento, pues era para que el trabajador con motivo del cargo que ostentaba de confianza*

*y manejo pudiera transportarse para el desarrollo de sus labores, si bien era cierto que ocasionalmente tuviera que desplazarse de la parte donde cumplía sus funciones no era menos cierto que tenía que desplazarse a su sitio de trabajo por lo cual la Compañía de muy buena fe le reconocía ese auxilio de rodamiento, es decir que si estaba plenamente justificado quedó demostrado como así lo manifestó el Representante Legal de la Compañía cuando se le hizo la pregunta respectiva; lo que quiere decir que efectivamente se dan los presupuestos del artículo 128 del C.S.T., modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta que esto no está retribuyendo el servicio, ni enriquece su patrimonio, sino que es entregado para desempeñar a cabalidad sus funciones. De igual manera me aparto de la tesis del juzgador de primera instancia en la cual dice que no se demostró el hecho del auxilio de alimentación, contrario a ello el testimonio que rinde Julián Medina, es claro que el objeto social de mi representada es el de alimentos, pues es una cadena de restaurantes, por lo cual se le reconocía a los trabajadores, porque no podían tener acceso a la fabricación de la comida por disposiciones de un tercero como es el Invima, por eso se hizo entrega de ese auxilio para el mejoramiento de las condiciones y ese auxilio era una ayuda que se le quiso dar al trabajador. Si se justifican esos pagos como no retributivos del servicio; quiero hacer notar que en vigencia del contrato no existió reclamación o inconformismo del demandante frente a esos pagos y sus condiciones.”*

## **V. CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. –principio de congruencia-, la Sala estudiará si le asiste la razón a la parte demandada recurrente, en cuanto a que los conceptos devengados por el actor por auxilios de rodamiento y alimentación no constituyen salario y en ese sentido se deben revocar las condenas proferidas en la sentencia de primera instancia.

En el presente asunto, no existe controversia frente a la existencia del vínculo laboral entre las partes, toda vez que el mismo fue aceptado por la sociedad enjuiciada desde la contestación de la demanda.

En lo que hace a la connotación salarial pretendida en la demanda respecto de los pagos efectuados por la sociedad empleadora bajo los conceptos de auxilios de rodamiento y alimentación, se remite la Sala a lo

dispuesto por el artículo 127 del Código sustantivo del Trabajo, norma que establece como constitutiva de salario no solo la remuneración ordinaria, sino la fija o variable que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones; tales factores por corresponder a la noción legal del salario no pueden ser desconocidos en su vocación salarial, porque al corresponder a una retribución directa del servicio y por pertenecer a la estructura fundamental del salario, la ley les asigna de modo insustituible tal condición.

Existen pagos que por ser ocasionales o por ser efectuados por mera liberalidad del empleador o por no corresponder a remuneración directa del servicio, no tienen la condición de constituir salario, pues no están destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a permitirle el cumplimiento de las labores para las que se encuentra contratado, tal y como lo establece el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

A su vez el artículo 132 de la norma sustantiva, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, permite al trabajador y al empleador convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, siempre que se respete el mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, ello significa que si dentro de un contrato de trabajo se llega a pactar cualquier modalidad que en la práctica afecte los principios obligatorios de la remuneración del servicio, ésta carecería de eficacia.

No obstante, si es lícito dentro de esa libertad de estipulación a que alude el citado artículo que empleador y trabajador determinen el pago de sumas que no constituyan base para liquidar acreencias laborales, ya que es la misma ley la que posibilita que en la vinculación laboral se establezca expresamente que pagos efectuados en forma habitual o transitoria, que sean acordados contractual o convencionalmente o pagados en forma extralegal por el empleador, no constituyan salario.

La Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado al respecto mediante sentencias en las que moduló la metodología para establecer si un pago o remuneración corresponde a factor salarial, entre otras, en la sentencia SL692-2021 del 17 de febrero de 2021, que en lo pertinente señaló:

*En consonancia con lo precedente, esta Corte, en sentencia SL 35771, 1 feb. 2011, explicó respecto a los pactos no salariales, lo siguiente:*

*Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter. Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.*

*De otro lado, no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.*

*Así las cosas, para la Sala el alcance fijado por el Tribunal a los aludidos preceptos normativos resulta acertado, pues conforme a la verdad procesal, encontró que lo percibido por la demandante bajo la denominación plan general de beneficios - auxilio de alimentación, realmente remuneraba el servicio de manera que el pacto de exclusión salarial suscrito entre las partes no podía desconocer dicha realidad, de allí que el cargo no prospere.*

En este caso, encuentra la Sala a partir de las pruebas recaudadas que al demandante durante la vigencia del contrato de trabajo se le entregaban unas sumas de dinero bajo la denominación de auxilios de alimentación y rodamiento, como se determina en los comprobantes de nómina allegados como prueba documental tanto con la demanda como con su contestación (fls. 18 a 50 y 191 a 123); igualmente se incorporó al plenario fotocopia del contrato de trabajo (fls. 10 a 13 y 84 a 88) en cuya cláusula sexta parágrafos 2 y 3 se estipuló:

*“Si el trabajador por la naturaleza de su cargo recibiere auxilio de alimentación y rodamiento, las partes son conscientes y así lo hacen constar que las sumas que se cancelen al trabajador por ese concepto no constituyen salario para ningún efecto legal de conformidad con el artículo, (sic) en virtud del artículo 128 del CST modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, teniendo en cuenta que no éste retribuye el servicio, ni enriquece el patrimonio, sino es entregado para desempeñar a cabalidad sus funciones.”*

En punto de lo anterior y no obstante la existencia de la referida cláusula de exclusión salarial, en este caso además de acreditarse en los comprobantes de pago de nómina la periodicidad de esas sumas reconocidas por los ya referidos “auxilios”, no demostró la parte empleadora que tales conceptos hubieran tenido una destinación específica para permitirle al trabajador una adecuada prestación del servicio, como se adujo tanto en la contestación de la demanda como en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, pues lo contrario es lo que emerge de las pruebas al acreditarse que el actor no tenía que desplazarse de su lugar habitual de trabajo para realizar su labor y así justificar un pago habitual por desplazamientos que no tuvieron lugar, pues como lo afirma el propio recurrente el actor solo se desplazaba de su lugar de domicilio al de trabajo, se reitera sin que se acreditara por la demandada la existencia de viajes realizados por el trabajador que ameritaran un pago adicional para su desplazamiento, lo cual no permite justificar el carácter no retributivo del auxilio de desplazamiento; como tampoco al que correspondió por auxilio de alimentación con el argumento de ser brindado porque al tener como objeto social la demandada el de producción de alimentos, esa situación justificaba otorgar un auxilio especial de alimentación por mera liberalidad y sin que fuera salario, pues es evidente que esos pagos se hicieron bajo la misma naturaleza que los efectuados como retribución del servicio; por consiguiente y ante la omisión ya indicada no podía menos el fallador de primera instancia que asignarle la condición que la ley otorga a los pagos que de manera habitual y ordinaria se le hacen al trabajador para remunerar los servicios que le presta a su empleador; sin que sea posible como lo solicita el apoderado en su recurso suponer que la totalidad de esas sumas no cubrieron gastos personales del trabajador y que en esa medida no constituyeron su salario, cuando ciertamente no se aportó prueba que así lo demostrara.

Es claro que la cláusula de exclusión salarial no tiene la virtualidad, por si sola de negarle la naturaleza de salario a unos conceptos que si lo tienen, como lo concluyó el a quo, razones por las cuales será confirmada la sentencia recurrida.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso en las motivaciones.

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

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

  
LORENZO TORRES RUSSY

  
MARLENY RUEDA OLARTE

  
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MIREYA MEDINA PERALTA**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**  
**PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 032 2019 00671 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., contra de la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de febrero de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

El apoderado de la demandante, solicitó se confirme la decisión proferida en primera instancia, ya que al momento de la afiliación los representantes de Porvenir S.A., solamente se limitó a llenar un formato preestablecido, sin que le diera a la actora información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que el traslado fue aprobado por el ISS a un Fondo de Pensión Porvenir el 1 de noviembre de 1999, conforme a lo anterior, señaló que el traslado de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual tiene plena validez.

A su vez PORVENIR solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por la parte demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que se hace referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante, así como tampoco existía la obligación de informar por escrito los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 1 de septiembre de 1995, que en razón de las gestiones por los Fondos Privados de Pensiones, se trasladó el 6 de septiembre de 1999, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin que el asesor de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 Y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 141,106, 77,36 y 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012, y el artículo 897 del Código de Comercio.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación como aparece de folios 270 a 291, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que la AFP haya inducido a error a la demandante o de que se está en presencia en un vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda como aparece en el escrito visible a folios 337 a 357, en el que se opuso a todas las pretensiones, señalando que no es posible solicitar la nulidad invocando un requisito que no existía a cargo de la AFP para la fecha del traslado, ya que solo nace a la luz de la Ley 1328 de 2009 en su artículo 47. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

## III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*

*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MIREYA MEDINA PERALTA a través de PORVENIR S.A., de fecha 6 de septiembre de 1999.*

*TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.*

*CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MIREYA MEDINA PERALTA como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, sin solución de continuidad, y en*

*las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.*

*SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional.”*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado esta en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de PORVENIR., interpuso recurso de apelación, solicitó se revoquen todas y cada una de las condenas que han sido proferidas en contra de la AFP, versando dicho recurso en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, sobre la condena de restituir todas y cada una de las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y la condena en cosas, advirtió que se aparte de lo manifestado por el Juez primigenio al considerar que el traslado de régimen pensional corresponde más a una motivación propia de la demandante y de su interés por mantener la consolidación de su derecho pensional, así como también se evidencia que la actora tenía conocimiento del negocio jurídico que celebraba y debido a ello procedió a suscribir el formulario de afiliación por lo que dicha situación debe tenerse en cuenta de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en las

sentencias SL 43G 413 del 2018, radicado 52704; SL 3752 del 2020, con radicado 73532.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia al considerar que no se tuvo en cuenta el principio relatividad jurídica atendiendo en que la demandada es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP Porvenir, en razón de que todos los actos jurídicos tienen efecto inter-partes, por lo cual la entidad no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la decisión de ineficacia.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas

sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. 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 necesaria 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.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*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 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la*

*información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [..].***

*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.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento obrante a folio 358, se evidencia la existencia del formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 6 de septiembre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en su lugar de trabajo la Universidad Javeriana recibió a un asesor de Porvenir S.A., quien le aseguro que la AFP le daría mejores intereses así como también le señaló que dicha entidad no se encontraba en quiebra como si se encontraba Colpensiones, por tal motivo. Sostuvo la actora que firmo el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

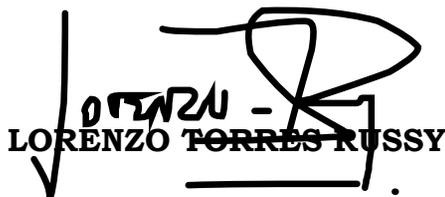
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
LORENZO TORRES RUSSY

  
MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle of the letters.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA LEONOR MURCIA TEATINO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**RADICADO: 11001 3105 033 2018 00379 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colfondos S.A., Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaban más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero como la solicitud fue elevada cuando cumplía con la edad ya no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones.

A su vez PORVENIR señaló que para la fecha en se materializó el traslado de la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo establecido en el Decreto 2555 de 2010, así como tampoco se encontraba el deber de la doble asesoría de la Ley 1748 de 2014, indicó que en el presente caso la demandante manifestó su voluntad de trasladarse de régimen pensional a través de la AFP Colfondos en el año 1994, en donde ratificó su voluntad de permanecer vinculada al régimen de capitalización, a través de traslado horizontal realizado al Fondo.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, así como también el traslado efectuado a PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada y cotizando en pensiones a CAJANAL, hasta febrero de 1995, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., sostuvo que le informaron que su mesada pensional iba a incrementar favorablemente, posteriormente en julio de 2008, se trasladó al fondo pensional HORIZONTE.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Nacional, los artículos 60 y 96 de la Ley 100 de 1993, la Ley 712 de 2001, la Ley 1149 de 2007, el artículo 132 del Decreto 656 de 1994, así como también la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 50 a 61, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado de la demandante se realizó en el año 1994, época en la cual la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente por lo tanto procedería únicamente para aquellos traslados entre regímenes que se efectuaran a partir del año 2014. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la genérica.

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 80 a 87, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que la información suministrada a la demandante al momento de afiliarse al Fondo se encuentra acorde con la disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobres ellas ejerce la Superintendencia Financiera. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que aunque la afiliación es completamente valida y el Fondo obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el Despacho considera viable ordenar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Propuso las excepciones buena fe, innominada o genérica, compensación y pago.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN de ANA LEONOR MURCIA TEATINO identificada con C.C. No. 51.683.677 de Bogotá al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP COLFONDOS S.A., y con esto a la afiliación realizada el 30 de agosto de 1994.*

*SEGUNDO: DECLARAR que ANA LEONOR MURCIA TEATINO actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a la administradora de Régimen de Prima Media con Prestación Definida-ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. realizar el traslado de todos los dineros existentes a la cuenta de ahorro individual de ANA LEONOR MURCIA TEATINO a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos. Incluidas las comisiones los gastos de administración que se generaron durante la afiliación.*

*CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A a pagar de ser el caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en RPM, los cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio, incluyendo los gastos o cuotas de administración y comisiones generadas durante el periodo en el que la accionante estuvo afiliada a cada una de ellas. Para tales efectos, se CONMINA a COLPENSIONES para que realice las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ellas hubiere lugar, lo cual incluye los gastos de administración y comisiones previamente referidos.*

*QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como REACTIVAR la afiliación de ANA LEONOR MURCIA TEATINO.*

*SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción e inexistencia del derecho, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEPTIMO: CONMINAR a COLPENSIONES y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar eventuales perjuicios que surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado RPM al RAIS.*

*OCTAVO: COSTAS de esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. se fijan como Agencias en Derecho la Suma de CUATRO (4) S.M.LM.V., 50% para cada una de las condenadas.*

*NOVENO: Si esta providencia no es apelada por parte de COLPENSIONES, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de COLFONDOS., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y solicitó sea revocada la misma respecto a la condena de los gastos de administración con fundamento en que dichos gastos están prescritos parcialmente ya que por más de 20 años los fondos privados han administrado de manera eficiente, lo cierto es que esos dineros no tienen la misma naturaleza del traslado de régimen ni los aportes a pensión que no prescriben.

A su vez el apoderado de PORVENIR, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida y solicitó que se revoque totalmente la misma, al considerar que el traslado de régimen se realizó acorde con la normatividad vigente, señaló que en el expediente se encuentran los formularios de afiliación que dan fe de lo argumentado, toda vez que se está en presencia del principio de legalidad y el debido proceso, ya que a la fecha del traslado no se exigía documentación diferente, aunado a ello manifestó que de conformidad con el concepto dado por la Superintendencia Financiera, lo que se debe devolver son la cotizaciones con sus respectivos rendimientos y no los gastos de administración encontrándose ante un enriquecimiento sin justa causa a favor de la parte demandante en cabeza de Colpensiones y se estaría en contra de la estabilidad financiera.

Y por último la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, solicitó se revoque en razón al principio de sostenibilidad financiera que establece el artículo 48 de la Constitución Nacional, sostuvo que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, existe la prohibición legal de traslado, luego la demandante se benefició del Régimen de Ahorro Individual y ahora pretende retornar al Régimen de Prima Media.

## V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber

de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. 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 necesaria 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.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*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 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las*

*operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

*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.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 89 se evidencia formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., del 22 de julio de 2008.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que recibió en su lugar de trabajo unos asesores de varias administradoras de pensiones, mediante asesoría general, le informaron que podría pensionarse con una mejor pensión que en el ISS hoy Colpensiones o Cajanal, por dicha información decidió trasladarse de régimen pensional, posteriormente se trasladó a Colfondos sin que le brindaran información diferente a la recibida.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos*

*pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

*En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 - por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente - Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen*

*de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.*

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO