

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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-568-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Protección S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 31 de julio de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

nulidad de la afiliación que efectuara al RAIS por presentar vicio del consentimiento al haber sido víctima de engaño por parte de Protección S.A., entidad que no le suministró la correspondiente asesoría de acuerdo a su situación pensional, aunado a que le proporcionó promesas falsas en cuanto a los beneficios de dicho traslado, peticona igualmente se declare que tiene derecho a permanecer en el RPM administrado por Colpensiones, siendo esta la entidad competente para resolver sobre su derecho pensional y se ordene a Protección S.A. a trasladar los aportes realizados por ella a órdenes de Colpensiones y a esta última a que una vez recibidos los mismos, actualice su historia laboral. (fls. 50 y 51).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 19 de octubre de 1962, vinculándose al RPM el 7 de noviembre de 1985, que le fue proporcionada una charla sobre el RAIS en el lugar en que laboraba de manera general y el funcionario de Protección S.A., quien la asesoró para promover su traslado de régimen, no le proporcionó información real atendiendo a su situación pensional, señalándole que el ISS se iba a acabar, razón por la cual se llenó de temor ante una posible pérdida de sus aportes, luego de ello, ubicaron en varias meses los formularios de traslado para la firma de los empleados y ella lo suscribió el 1 de septiembre de 1994, que ha cotizado constantemente a dicho régimen con un IBL superior a 2 SMLV.

Afirma que en el momento de dicha afiliación, Protección no le brindó información veraz, real y suficiente para tomar una decisión libre en cuanto al traslado de régimen, no se le pusieron de presente proyecciones pensionales, no se le indicó que el valor de su mesada pensional dependería de lo ahorrado en dicho régimen, no se observó su futuro pensional y únicamente se le señalaron beneficios inexistentes del RAIS.

Señala por último que elevó ante Colpensiones petición solicitándole la aceptación de su traslado a dicha entidad, la que fue negada, ocurriendo lo propio respecto de Protección. (fls. 52 y 53).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PROTECCIÓN S.A, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 a 3, 6, 7 18 y 19, manifestó no constarle los No. 2, 16 y 17 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad de traslado y reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP. (fl. 126).

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 2, 7, 16 y 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 148).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante ante Protección S.A. el 11 de agosto de 1994, declarando para todos los efectos que la actora, nunca se había trasladado del RMP; ordenó la AFP en mención a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación del demandante sin efectuar descuento alguno, concediéndole para el efecto 30 días hábiles a partir de la ejecutoria de dicha providencia y ordenó a Colpensiones recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante, sin condenar en costas. (fl. 161)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente que no existía duda respecto de la afiliación de la demandante al RAIS en el año de 1994 por intermedio de Protección S.A., señaló que el deber de asesoría era derecho de todos los afiliados independiente del régimen pensional al que pertenecieran desde la fecha en que se promulgó la Ley 100 de 1993, el que se había desarrollado a través de múltiples instrumentos legales expedidos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

con posterioridad a la Ley 100, por lo que a la fecha de expedición de esta, este deber no era tan riguroso y a partir del año 2008, la Corte Suprema de Justicia había creado línea jurisprudencial en donde detalla las obligaciones que comporta dicho deber de información y la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, como también entre otros aspectos importantes, que la firma de formulario de afiliación, no da cuenta de un consentimiento informado en el acto del traslado, siendo que en el plenario la única prueba que obra respecto de dicho acto, era un formulario de afiliación del año 2002 suscrito ante Santander Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., que de igual manera la Corte había señalado que Juez debía observar el momento histórico en que tuvo lugar la afiliación para así determinar cuáles eran las obligaciones por parte de los fondos administradores del RAIS.

Indicó conforme lo anterior que para la fecha de traslado de la demandante, año 1994 únicamente existía el deber de información que consistía conforme criterio jurisprudencial en ilustrar al afiliado respecto de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, el afiliado debía ser informado para esa época, de cuáles eran las características de cada uno de los regímenes, los requisitos que se necesitaban en ese momento para tener derecho a la pensión en el régimen de prima media con prestación definida y cuáles eran las modalidades como se obtenía la pensión en el RAIS, no obstante como quiera que únicamente se había allegado formulario de afiliación antedicho, no se lograba determinar el suministro de la información en dichos términos; indicando que el afiliado no estaba obligado a asesorarse, ya que esta obligación recaía en primer lugar en el Estado, luego en las AFP, ya que la Ley 100 de 1993, consagraba que el Estado era el primer obligado a ilustrar a los ciudadanos respecto de la existencia de ambos regímenes y sus características, a pesar de ello en virtud de la inversión de la carga de la prueba, Protección no había probado el suministro de la información a la demandante al momento del traslado razón por la cual, debía declararse la ineficacia del mismo con el consecuente traslado de aportes.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Protección** recurrió señalando:

Solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá, que se revoque la sentencia que se acaba de proferir, solo en lo relativo a condenar a Protección a trasladar a Colpensiones la comisión de administración y el seguro previsional por el tiempo en que la señora Lucía Arcila Rodríguez ha estado afiliada al fondo de pensiones. En primer lugar y con base en los siguientes argumentos, la comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en la ley 100 de 1993, artículo 20, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que faculta u autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones. Segundo, el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional y opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual, como en el régimen de prima media. Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias de mas del 180% de lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada. Con la condena de primera instancia y que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante mas los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración realizada por protección, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión que como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

Como otro argumento, el artículo 1746 del código civil, dispone cuales son los efectos de la declaratoria de nulidad, la declaratoria de ineficacia pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo o ineficaz, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto a causa ilícita en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este procedimiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro. En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirán las siguientes consecuencias: el contrato de afiliación nunca existió, Protección no debe administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron. Adicional, que no existió el cobro de una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses frutos y del abono de mejoras, con base en esto, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP, la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene derecho mi representada a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo renta el patrimonio de la parte demandante, tal y como se puede observar en el soporte allegado en el expediente.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora LUCÍA ARCILA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Protección S.A., el 11 de agosto de 1994, como se verifica de documental contentiva de reporte SIAFP, visible a folio 97 del plenario, suscripción de formulario que ella acepta en escrito de demanda.

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

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

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante, quien si bien como indica la entidad Porvenir, debe actuar con diligencia respecto a su afiliación, lo cierto es que tal falta de información es la que no le permite actuar de dicha forma, al desconocer las verdaderas incidencias de su traslado al RAIS.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Lucía Arcila, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1994; ya que ni siquiera fue allegado por Protección S.A., el formulario de afiliación que indica esta suscribió en dicha anualidad por lo que se debe dar por demostrado que la demandada en mención, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual y contrario a lo manifestado por Colpensiones en alegaciones, de ninguna manera dicho acto se podría considerar libre y voluntario ya que la aquí demandante, no conocía las incidencias del mismo.

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

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

De igual forma, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual si bien la demandante alegó existencia de vicio en su consentimiento, no está obligada a probarlo, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Ahora, contrario a lo afirmado por la entidad antes mencionada, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201900568-01 Dte: LUCÍA ARCILA RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

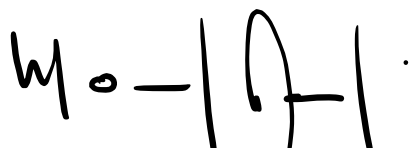
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-672-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ELSA MARIÑO SAMPER

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Protección S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de junio de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, extremo procesal que solicita se confirme la sentencia y las de la demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora ELSA MARIÑO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARINO SAMPER, Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

traslado al RAIS que realizara a través de Protección S.A., por cuanto esta última omitió proporcionarle la información indispensable acerca de su traslado de régimen, como tampoco le indicó los riesgos que debía asumir con dicha decisión ni las desventajas de vincularse al RAIS, incurriendo en omisión en el deber de información, razón por la cual, debe estar afiliada al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Protección S.A., a tener como ineficaz su afiliación a dicho fondo, condenándola a efectuar al traslado de aportes por ella realizados con destino a Colpensiones y a Colpensiones a aceptar los mismos y tenerla como afiliada sin solución de continuidad. (fls. 2 y 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS el 7 de marzo de 1984, cotizando a ese Instituto 607,86 semanas previo a su traslado al RAIS, que con la creación de las AFP privadas por virtud de la Ley 100 de 1993, eligió como administradora pensional a Protección S.A., a la que se trasladó el 30 de octubre de 2003 y aún continúa allí afiliada, que el funcionario de dicha administradora no le informó al momento del traslado que la mesada pensional que recibiría en el RAIS sería inferior a la que le correspondería en el RPM, no le puso de presente una proyección que le permitiera contar con información completa respecto del valor de su mesada; contrario a ello le indicó que en el ISS no se iba a pensionar ya que este se acabaría y que en el RAIS se pensionaría a cualquier edad, sin indicarle la incidencia que ello podría tener en la cuantía de su mesada pensional, ya que ninguna desventaja se le señaló en cuanto a afiliarse a dicho régimen.

Afirma que Protección, no le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM antes del cumplimiento de los 47 años, que actualmente cuenta con más de 1300 semanas cotizadas y radicó formulario de afiliación ante Colpensiones en el año 2017, afiliación que le fue negada y de igual forma ante Protección solicitó la anulación del traslado, petición que también fue respondida en forma negativa. (fls. 3 a 5).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARINO SAMPER Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 6, 17 y 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl. 59).

Por su parte, Protección S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 4 a 7, negó los No. 7, 9 a 16 y 20 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de validez de la afiliación al RAIS con Protección, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho. (fl. 79)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante en febrero de 2003, condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, condenando a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar los aportes para efectos pensionales y condenó en costas a Protección. (fl. 120).

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARINO SAMPER, Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

consciente, la que no se consideraba libre si el afiliado no conocía las incidencias de dicha decisión y su voluntad informada no se suplía con la simple firma del formulario, que igualmente la Corte había reiterado que dicho deber de las administradoras, se había creado con la promulgación de la Ley 100 de 1993, ya que con el tiempo este deber superaba el de la simple información pasando al del buen consejo.

Descendiendo al caso bajo estudio, se había allegado formulario de afiliación suscrito por la demandante ante Protección en el año 2003, del que no se podía sustraer el cumplimiento del deber de información por ser un formato pre – impreso como lo había reiterado la Corte Suprema de Justicia, que con dicho formulario se había allegado una proyección de mesada pensional que elaboró esta demandada, indicándole a la demandante la conveniencia de afiliarse al RAIS, ya que a través de la misma le había indicado que su porcentaje pensional en el RAIS, sería del 96% mientras que en el RPM del 65%; por lo que en su momento le habían manifestado que le era al momento más conveniente afiliarse al RAIS, no obstante no le señalaron cómo podría tener ese porcentaje que le indicaron, por lo que no se encontraba acreditado que Protección le hubiere informado las características propias de dicho régimen, de igual manera obraba una reasesoría pensional efectuada por dicho fondo para el año 2006, en la que le indicaron que a los 57 años de edad tendría una mesada del 80% a los 57 años, mientras que en Colpensiones era del 63%.

De lo anterior, se evidenciaba que la decisión del traslado de la demandante había obedecido a que Protección le había señalado que afiliarse y permanecer en el RAIS le era más favorable a su situación pensional; y si bien era cierto, con posterioridad a dicha data la demandante realizó unos aportes superiores a su IBL, de lo que se podía concluir que la demandante lo hizo pensando en que su mesada pensional ascendería, siendo obligación de Protección haberle manifestado tanto en el año 2003 y en el 2006, que aumentar su IBL, le significaría una disminución en la tasa de reemplazo debido a la fórmula decreciente; razón por la cual se concluía que Protección únicamente le había brindado a la demandante una información incompleta, pues si bien se había



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARINO SAMPER Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

realizado una proyección pensional, lo cierto era que no se le habían indicado a la demandante los pormenores de dicho régimen indicándole las consecuencias del aumento o disminución de su IBL en su mesada pensional, como tampoco las del RPM.

Igualmente, en cuanto a la documental visible a folio 98 del plenario, de la misma no se desprendía que se le había informado a la demandante las características propias del RAIS, ya que solamente aparece el dato de la fecha de negociación del bono, pero no la incidencia del mismo en su derecho pensional, razones suficientes para declarar ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante, ordenando a Protección trasladar los aportes recibidos como consecuencia de la afiliación de esta última a Colpensiones, sin descuento por concepto de gastos de administración, indicando que no salía avante la excepción de prescripción como quiera que el derecho pensional era imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A. recurrió señalando que las documentales aportadas al plenario daban cuenta de que a la demandante se le había dado toda la información pertinente a su traslado de régimen pensional, entre ello que era beneficiaria del régimen de transición, se le asesoró con base en su situación personal particular como lo indica la jurisprudencia, pues ello se le puso de presente en el año 2003, las proyecciones de su mesada pensional en ambos regímenes con fundamento en su situación particular, que se probó que la demandante incrementó su IBL, también en el año 2006, nuevamente se le realiza un cálculo actuarial indicándole las condiciones de su mesada pensional, siendo superior la del RAIS y con base en sus condiciones objetivas, no se le brindó información engañosa y respecto de que no se le informó sobre las comisiones de administración, ella no se quejó de tal situación durante el RAIS y recibió los extractos de sus aportes, aunado a que los cálculos que se realizaron no fueron tachados, siendo carga de la parte demandante haber probado que eran falsos y ello no ocurrió.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARIÑO SAMPER, Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Indicó que Protección tampoco estaba obligada a conocer que la demandante iba a aumentar su IBL, de tal manera que no se puede concluir que por qué no se le indicó que su mesada fuera a ser inferior ante dicho aumento, hubiera una falta de asesoría ya que esta obligación está probada antes y después de la afiliación de la demandante al RAIS, que igualmente se le asesoró de manera verbal como lo señala el formulario de afiliación y reiteró que se le había asesorado en el año 2003, en el 2006 antes de estar inmersa en la prohibición de traslado que consagra la Ley.

Solicitó de manera subsidiaria en caso de no accederse a revocar la ineficacia de traslado, no se dispusiera el traslado de gastos de administración, ya que los mismos se utilizaron en beneficio de la demandante, cubriendo los seguros para los que están destinados los mismos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora ELSA MARIÑO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Protección, el 30 de octubre de 2003, como se verifica de copia de dicha documental, visible a folio 28 y 96 del plenario, allegada por la parte demandante y AFP en mención.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARIÑO SAMPER, Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Elsa Mariño, se le hubiera brindado la información en los términos antes señalados, ya que las asesorías que indica esta demandada Protección se le realizaron en los años 2003 y 2006 y que obran a folios 99 y 101 del plenario, dan cuenta que si bien se le pusieron de presente proyecciones pensionales con base en su situación pensional particular en ambos regímenes, lo cierto es que nada permite concluir que le fue suministrada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARINO SAMPER, Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la información de las características de cada régimen pensional, las modalidades propias del RAIS, las consecuencias que le podría traer la modificación de su IBL y si bien como indica la APF recurrente tal aumento del IBL por parte del afiliado no se puede prever, sí en el momento de la afiliación es deber de la administradora, indicarle al afiliado **todas** las consecuencias que le puede acarrear la modificación de sus condiciones laborales en su derecho pensional, no obstante ello no se demostró y por tal razón, la demandante como quedó probado, aumentó su IBL perjudicando el monto de su mesada pensional.

Es así como, en el presente asunto es claro que no se le pusieron de presente todas las consecuencias del traslado a la demandante, las que se itera, no se suplen con una proyección pensional, lo que lleva a concluir que Protección S.A., fondo al que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARIÑO SAMPER, Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita y contrario a lo indicado por la recurrente, el suministro de la información bajo estudio no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular de la actora, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, no entendiéndose suplido con la manifestación de la demandante de haber sido debidamente asesorada previo a la decisión de traslado consignada en dicho formato, cuando no se allegó prueba de que dicha decisión hubiera sido informada en realidad por parte de la AFP Protección.

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

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARINO SAMPER, Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2003**, como bien lo indica la parte demandante en sus alegaciones, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto; circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio.

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

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900672-01 Dte: ELSA MARIÑO SAMPER, Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

R E S U E L V E:

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

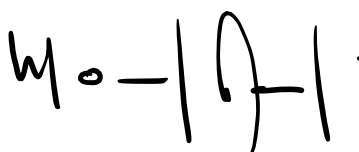
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2017-0503-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JOHANA TRIANA HENAO

DEMANDADOS: C.M. CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO
S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada por intermedio de curador ad litem, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes no presentaron alegaciones.



ANTECEDENTES

La señora Johana Triana Henao por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE entre las partes un contrato de trabajo a término indefinido entre el día 28 de agosto de 2014 y el 28 de febrero de 2015; se CONDENE a la demandada al pago de salarios correspondientes desde el mes de noviembre de 2014 al 28 de febrero de 2015, junto con los conceptos de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones por toda la vigencia de la relación laboral; indemnización por la no consignación de cesantías, por mora del artículo 65 del C.S.T., indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició a trabajar al servicio de la sociedad demandada a partir del día 28 de agosto de 2014 por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, percibiendo como salario la suma de \$5.000.000, en el cargo de Gerente Comercial y Directora de Licitaciones, que a partir del mes de enero de 2015 la empresa dejó de pagar los salarios y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; que con fecha 15 de febrero de 2015 la actora de manera unilateral terminó la relación de trabajo con justa causa ante el incumplimiento de las obligaciones del empleador; que las labores encomendadas las realizó bajo subordinación de la demandada; que no le fue pagada indemnización por despido indirecto, tampoco salarios debidos de enero y febrero de 2015, ni las demás prestaciones y conceptos laborales que reclama; que en el mes de abril de 2015 la demandada suscribió letra de cambio por valor de \$15.000.000, que luego le fue cambiado por un cheque por valor de \$20.340.300 que resultó



sin fondos, situación que la motivó a presentar denuncia penal contra la demandada, que es madre cabeza de familia y que perdió la vivienda en la que residía con su hijo ante la imposibilidad de pagar las obligaciones contraídas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada por medio de Curador Ad Litem contestó la demanda con oposición a las pretensiones excepto las enlistadas 2 y 9; en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia del contrato de trabajo y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo suscrito entre las partes desde el 30 de septiembre de 2014 y el 18 de febrero de 2015.

CONDENÓ a la demandada al pago a favor de la actora de los siguientes conceptos y sumas:

- | | |
|-----------------------------|----------------|
| - SALARIOS | \$8.916.666,67 |
| - CESANTÍAS | \$951.388,89 |
| - INTERESES A LAS CESANTÍAS | \$23.863,43 |
| - PRIMA | \$951.388,89 |
| - VACACIONES | \$475.694,44 |



**Proceso Ordinario Laboral 12 – 2017 – 0503 – 01 DTE: JOHANA TRIANA HENAO DDO: C.M.
CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.**

- Indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por los intereses moratorios causados a partir de la terminación del contrato de trabajo el 18 de febrero de 2015 y hasta el momento del pago de prestaciones sociales y salarios.

Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte demandada, teniendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que para proferir sentencia dentro del acervo probatorio inicialmente no hay elementos de juicio que puedan determinar unos extremos temporales claros y definidos de la relación laboral que ató a las partes, por ello el despacho debe referirse a los documentos que no solo se aportaron con el escrito de demanda sino también con los que fueron aportados posteriormente folios 30 y 109 del expediente aparece certificación de la demandada emitida por Julie López el departamento de talento humano el cual certificó que la dte para la fecha de su expedición el día 3 de febrero de 2015 trabajaba con esa empresa desempeñando el cargo de Gerente de Licitaciones desde septiembre de 2014, con un contrato de trabajo a término indefinido con una asignación salarial de \$2.500.000 y un contrato de prestación de servicios con una asignación salarial de \$2.500.000; que si se está al contenido literal de la certificación es del caso resaltar el valor de tales condiciones como lo ha señalado la Corte sala de casación laboral SL16528 del 2016 donde el juez laboral debe poner un mayor ahínco y debe infirmar o redistribuir carga de prueba cuando quiera que hay una certificación demostrando o denotando existencia de relación de trabajo, que si hay un evento probatorio de la rectificación o de la infirmación del documento, partiendo del presupuesto de quien compromete su patrimonio en este caso el empleador certifica y pone en riesgo su patrimonio advirtiendo las condiciones sobre las cuales ata sus obligaciones y certifica de manera laboral a sus trabajadores; que sin embargo, la certificación no tiene un valor absoluto, ya que tiene varias acepciones en contrario, que son: uno, el contrato de trabajo fue uno, porque el otro fue un contrato de trabajo de prestación de servicios, sin embargo no se puede atribuir una dualidad o concurrencia contratos de trabajo entre las mismas partes, que el despacho solo dará credibilidad a la existencia de un solo contrato por valor de \$2.500.000; que el otro punto, son los extremos temporales, ya que es una indefinida toda vez que manifestó que el cargo se desempeñó desde septiembre de 2014 y continuaba vigente para el momento de la expedición de la certificación el 3 de febrero de 2015, que el documento a folio 124 la dte presenta renuncia al contrato que tiene y que le sea generados los pagos con todos los daños causados, que fue presentada ante la instancia del empleador el 18 de febrero de 2015, que la certificación que aporta la misma parte actora en la que la dte se encuentra retirada del plan de beneficios pero con una fecha de afiliación al servicio de cm constructores y mantenimiento limitada desde el 9 de octubre del año 2014, que se tendrá en



**Proceso Ordinario Laboral 12 – 2017 – 0503 – 01 DTE: JOHANA TRIANA HENAO DDO: C.M.
CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.**

cuenta por así precisar lo la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, que cuando las certificaciones tienen vaguedades en lo que tiene que ver con fechas de inicio o fechas de cierre se entiende que si no establece días concretos del extremo inicial lo reputara el último día del respectivo mes y cuando sea del extremo final lo señala sobre el primer día del mes correspondiente, por lo que los extremos laborales de la relación jurídica que ató a las partes lo será desde el 30 de septiembre de 2014 y hasta el 18 de febrero de 2015 con 137 días prestados y un salario de 2 millones 500 mil pesos; que teniendo en cuenta lo anterior, el despacho no rebatirá ninguna condición ulterior sobre la existencia de la relación de trabajo y ese orden de ideas determinará que esos emolumentos son adeudados a favor de la trabajadora, ya que no hay pruebas que demuestren que el empleador haya desplegado una acción tendiente al reconocimiento de pagos y prestaciones; que sobre la información que no se han pagado los salarios, que la prueba, por ejemplo, conversaciones por whats up solamente pueden tener como cuenta solo son un indicio frente al particular, que la prueba indiciaria sería el único elemento de hecho de inferencia sobre el cual se acredita una condición de impago de las obligaciones, que a folio 183 a 190 hay conversaciones por whats up desde el 18 de febrero donde la dte solicita que le ayuden con el pago, que hay obligaciones de Enrique López, manifiesta que le den alguna espera, o que le den algún tema, o que no tiene plata...folio 183, que con ello el Despacho tiene suficiente indicio, a parte que la carga de la prueba correspondería a cargo del ddo probando que pagó las obligaciones, al haber saldos insolutos el despacho fulminará condena en ese sentido, sobre los salarios desde el mes de noviembre del año 2014 y hasta febrero de 2015, cesantías e intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, sumas que quedaran en la parte resolutoria; que frente a las indemnizaciones y a la prescripción, que frente al despido sin justa causa, por lo que se advierten dos condiciones: en primer lugar, que lo que se determinaba por parte del despacho era un sistemático incumplimiento de obligaciones salariales o prestaciones, que en este caso, de las obligaciones del sistema de seguridad social, sin embargo la certificación de compensar salud eps, folios 230 y 231 dan cuenta que a pesar que exista, aunque pudiesen existir algún tipo de divergencia, el pago a seguridad social no fue suspendido y en consecuencia pues no puede hablarse de un sistemático incumplimiento de obligaciones que lo relacionen con el despido indirecto, por tal razón absuelve de ello; que sanción por la no consignación de cesantías, que como la relación terminó el 18 de febrero de 2015 únicamente correría la moratoria del artículo 65 del CST, que dentro del trámite de denuncia penal observa documentos cambiarios como letra de cambio y un cheque folio 108, que de estos no se acredita que tengan incidencia con las acreencias laborales a favor de la dte, que al interior de este proceso no observa razones para sustraerse al pago de las acreencias laborales, condenará por ese concepto, conforme la sentencia SL 2966 del 2018 en este caso la demanda fue presentada el 16 de agosto de 2017, más allá de los 24 meses posteriores a la terminación del contrato y solo hay lugar a imponer intereses moratorios desde la finalización del contrato y hasta el pago de las obligaciones. Por último en lo que tiene que ver con la prescripción, que si bien admitió la demanda el 4 de diciembre de 2017 y notificado al curador ad litem el 13 de noviembre de 2018 pues no transcurrió el año para los efectos de la interrupción de la prescripción desde el momento de la notificación al demandado para efectos que pudiera operar el fenómeno prescriptivo, se pudo notificar el auto admisorio dentro del año siguiente de la notificación del auto admisorio, y por lo tanto se haya debidamente interrumpida la prescripción, la cual se declarará no probada. Costas, agencias en derecho la suma de \$1.500.000



APELACIÓN

PARTE DEMANDADA – CURADOR AD LITEM

“Interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir por los siguientes motivos; su despacho fundamentó la condena en dos medios probatorios, uno, la certificación que obra en el expediente y otro, una conversación de whats up, dentro de la demanda no fue entregada las conversaciones del whats up y tampoco fueron relacionadas con la demanda, entonces considero que esa prueba en la que está sustentado su fallo no podía ser, o no se podía tener en cuenta porque no estaba anunciada como prueba y no fue decretada como tal, las conversaciones del whats up, pruebas que no fueron entregadas cuando fue notificada la demanda y tampoco están relacionadas en la misma; en relación con la certificación en la que se apoyó su despacho, considero que esa certificación no da certeza ya que es solo un documento que fue allegado al expediente y no hay siquiera otra prueba en la que se pueda apoyar su despacho para corroborar que la certificación aquí expuesta sea totalmente verídica, incluso, el mismo despacho hizo un análisis que existían dos relaciones laborales, una de prestación de servicios y otra con contrato de trabajo, entonces esa certificación no puede ser tenida en cuenta suscrita por una persona que dice Julie López Benavides lo cual no puede dar la certeza de existencia de un contrato de trabajo; que era necesario que las demás pruebas que se tuvieran en cuenta o traídas al proceso dieran cuenta de esa certificación para que el despacho pudiera tener la certeza de la existencia del contrato de trabajo, que no hay suficiente medio probatorio para que llegara a esa conclusión. Respecto a la prescripción, que si bien la demanda fue presentada dentro de los dos años siguientes la notificación de la demanda transcurrió más de un año para que se surtiera la notificación al curador, por lo que considero que al transcurrir más de un año ya estaba vencido el término de notificación de la demanda, que allí existió prescripción o caducidad de la acción en cuanto la demanda no fue notificada dentro del término legal.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el Curador Ad Litem quien representa a la parte demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que obedecen en síntesis a: que la certificación que obra a folio 6 del plenario y las conversaciones de whats app no prueban la existencia de una relación laboral entre las partes, ya que en el caso de la primera, se indica que la actora suscribió con la



demandada un contrato de trabajo y otro de prestación de servicios sin que esté clara esa situación, y que la prueba referida a las conversaciones de chat no fueron debidamente discutidas en el debate probatorio, puesto que no fueron allegadas al inicio con la demanda. Por último, refiere su inconformidad sobre la prescripción del artículo 94 del CGP, ya que, a su parecer, la demanda le fue notificada con posterioridad al año de haberse notificado el auto admisorio.

Para resolver el recurso de apelación formulado por el Curador Ad Litem, la Sala por razones de orden metodológico abordara en primer lugar la inconformidad sobre la declaratoria de existencia de la relación de trabajo, para luego, conforme el resultado de dicho análisis, determinar si hay lugar al estudio de los demás aspectos relacionados en el recurso como son: la procedencia y pertinencia de las pruebas documentales, tales como la certificación expedida presuntamente por la demandada y que obra a folio 6 del plenario, y las conversaciones de whats app documentadas, y la prescripción de la acción que entiende la Sala, alega el abogado desde el artículo 94 del C.G.P.

Sobre la existencia de la relación laboral que hizo parte del recurso de apelación, al revisar la parte motiva de la sentencia, se tiene que el juez de instancia fundó los argumentos para que emergiera un contrato de trabajo, básicamente en la certificación expedida por la persona jurídica demandada y que obra a folio 6 del plenario, que para efectos de contextualizar la exposición pasa a citar su contenido:

“(…)

Que JOHANA ELIZABETH TRAIANA HENAO identificada con cédula de ciudadanía 52.388.518 de Bogotá trabaja con esta empresa, desempeñando



**Proceso Ordinario Laboral 12 – 2017 – 0503 – 01 DTE: JOHANA TRIANA HENAO DDO: C.M.
CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.**

el cargo de Gerente de Licitaciones desde septiembre de 2014 a la fecha, con un contrato de trabajo a término indefinido con una asignación salarial 2.500.000, y un contrato de prestación de servicios con una asignación salarial de 2.500.000.

La presente certificación se expide a solicitud de la interesada a los tres días del mes de febrero de 2015.

(...)

Cabe agregar que, la anterior comunicación se observa suscrita por la persona de Julie López Benavides, del departamento de talento humano, sin que se especifique su cargo, además, dicho sea de paso, que sin mayor esfuerzo se aprecia que corresponde a una copia a color del documento original, del que se desconoce las razones por las cuales no se aportó su original.

Comenta así mismo el a quo, que dicha certificación no tiene un valor absoluto, al considerar que tiene acepciones en contrario, en cuanto que se informa de dos vínculos contractuales, uno de orden laboral, y otro de prestación de servicios, y es en este punto, donde llama la atención del Tribunal lo decidido por el juez, en punto a que, sin mayor análisis probatorio u otra explicación adicional, manifiesta que escoge la parte de la certificación que da cuenta del contrato laboral con asignación salarial de \$2.500.000, y desecha el de prestación de servicios, actuación que no solo contraviene el debido proceso de la parte demandada que se encuentra ausente y que es representada por curador ad litem, sino también, incluso, de la demandante, puesto que no debe perderse de vista que para la promotora era claro, como lo anota en el hecho 5 de la



demanda (fl.19), que mensualmente devengaba una suma igual a \$5.000.000, y no precisamente por la concurrencia de dos contratos de distinta naturaleza, esto es, de orden laboral y de prestación de servicios, sino como contraprestación en el cumplimiento de los deberes contemplados en un contrato de trabajo a término indefinido, tal como lo hace saber en los hechos 3 y 4 del escrito inicial.

Lo anterior, significa que si bien, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha expresado en casos de similares contornos que, *se debe tener como un hecho cierto el contenido de las certificaciones expedidas por el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, la carga de probar en contra de lo certificado corre por su cuenta* (SL4159-2018), y que *no es razonable que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de hechos que comprometan su responsabilidad* (SL3999-2018), lo cierto es que, la Alta Corporación también ha comentado la importancia de la libre formación del convencimiento de los operadores judiciales, actividad probatoria que en este caso debió activarse por el a quo, en consideración a la ausencia de la parte demandada, que al estar representada en el proceso por curador ad litem, y al no ser posible un eficaz despliegue probatorio dirigido a controvertir lo informado en la mentada certificación, es por lo que no era posible darle paso a un pleno valor probatorio de aquella, y por tanto, se requería que la prueba se analizara en conjunto y con apoyo en los demás medios probatorios de los que se nutrió el trámite como era la prueba testimonial, lo cual, no ocurrió.

Así las cosas, al revisar las declaraciones testimoniales rendidas por los señores Frank Cuadros y Juan Fernando Arias, no se logra acreditar la



prestación personal del servicio por parte de la actora y a favor de la empresa demandada, situación que impide presumir la existencia del contrato de trabajo y/o de la subordinación conforme el artículo 24 del CST, para que una vez ello, sea el empleador quien deba asumir la carga probatoria para desvirtuar dicha subordinación, al acreditar que la labor se prestó en condiciones de autonomía e independencia por parte de la trabajadora, de lo que se advierte que incluso, con presencia de la parte demandada, no era necesaria su actividad probatoria en tal sentido al no presumirse la existencia del contrato de trabajo, labor de la que por cierto no se ocupó previamente el juez de instancia.

Es así que, por ejemplo, en el caso del señor Frank Cuadros, manifestó entre lo más importante, que en “algún momento hicieron gestiones para que *nuestras empresas* se aliaran y buscaran negocios comerciales, que entre agosto de 2014 y enero de 2015 la actora sabía que el testigo trabajaba como gerente de proyectos de la empresa llamada sociedad especializada en ingeniería, y que ella lo buscó para presentarle una empresa cm construcciones (demandada), que le presentó a la demandante el equipo comercial de la empresa, que fue un par de veces a la oficina de ella, y que en general junto con ella, cada uno desde sus empresas trabajaban en procesos de contratación; que se conocieron en el ejercicio de la profesión de la ingeniería, que la conoce desde el mes de agosto de 2014, que tuvo contacto comercial con la demandante por el término aproximado de 6 meses; que no sabe el tipo de contrato que tenía la actora con la demandada, que sabe que era la gerente comercial, que no sabe la remuneración percibida por ella, que junto con ella buscaba alianzas comerciales para presentarse a procesos de contratación; que la promotora tenía capacidad decisoria frente a los negocios que manejaba



con el testigo, que tenía total autonomía, que así lo demostraban los procesos en los que tuvieron participación con ella, ”.

Por su parte, el testigo Juan Fernando Arias, en lo que interesa a la decisión manifestó que, en la búsqueda de negocios con empresas como la demandada conocía a la actora, que participó junto con ella en licitaciones, que en algunas oportunidades concurrió a la oficina de la demandante, que no tiene claridad sobre las circunstancias de la desvinculación de la actora con la demandada, que sabe que es madre cabeza de familia, que ella le comentó que tenía dificultades con la empresa, que supo que ella manejaba el departamento comercial y el tema de licitaciones, que no sabe sobre el salario devengado por la demandante, que no recuerda bien las relaciones comerciales con la demandante ya que datan del año 2014, sobre las decisiones que podía tomar la actora manifestó que ella si tenía esa potestad, que no recuerda nombres de los jefes de ella, sobre el tipo de contrato de la actora con la demandada no sabe.”

Ahora bien, de las declaraciones antes referidas no es posible concluir la prestación del servicio por parte de la demandante a favor de la empresa demandada como trabajadora dependiente de ésta, lo que se observa es que, primero, los testigos en momento alguno fueron compañeros de trabajo de la promotora, por tanto, no les consta las circunstancias de tiempo, modo o lugar de la presunta relación de trabajo, y en su lugar, lo que se muestra claro es que aquellos no pasaron de ser aliados comerciales de la sociedad con la que se relaciona a la actora, es decir, la convocada; llama la atención que los testigos coinciden en afirmar que la demandante tenía autonomía y poder de decisión en las gestiones que los



relacionaron con ella, adicionalmente, no saben sobre el salario que recibía la demandante, como tampoco tienen claridad sobre los jefes de ella, en consecuencia, los testimonios recaudados no conducen a acreditar la existencia de una relación laboral entre las partes.

Conforme lo anterior, se hace claro que, la única prueba que sirvió en primera instancia para declarar el contrato de trabajo, esto es, la certificación a folio 6 del plenario, necesitaba ser contrastada con los demás medios probatorios allegados al plenario, que por obvias razones solo provienen de la parte actora, que para el caso de los documentos, aparte de la mentada certificación, de ninguno se colige la existencia de un vínculo laboral, dicho sea de paso, ni siquiera reposa en el expediente copia de alguno de los dos contratos (laboral o de prestación de servicios) que se describen en la certificación.

Luego, al no quedar acreditada la existencia del contrato de trabajo, no era posible entrar a determinar los extremos temporales de una relación de trabajo que quedó en la incertidumbre, en conclusión, en el presente caso no se puede acceder a las pretensiones de la demanda, y contrario a lo decidido por el juez de instancia, procede absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, que necesariamente dependían de la declaración del contrato de trabajo, y en tal orden de ideas, resulta suficiente la parte del recurso de apelación en este sentido para su prosperidad, sin que sea necesario pronunciamiento en los demás puntos de inconformidad.

Lo antes decidido no resulta caprichoso, puesto que responde a la realidad procesal que no muestra otra situación distinta a la orfandad probatoria



en la existencia de un vínculo laboral, y mal podría por parte de los operadores de justicia, intentar ajustar los medios probatorios a su decisión, siendo que los mismos deben conducir a la acreditación de los hechos de la demanda en el marco de la garantía del ejercicio del debido proceso de las partes.

Ahora bien, lo concluido por el Tribunal, como se dijo con anterioridad, tiene que ver con el valor probatorio de las certificaciones que expide el empleador, quien tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido (SL14426-2014; SL6621-2021), sin embargo, en el presente caso ello no fue posible ante la ausencia de este, y por tal razón es que la prueba documental de la certificación debía valorarse en conjunto con los demás medios probatorios allegados por la parte actora, que dieran vigor y respaldo factico al contenido de aquella, situación que en efecto no ocurrió, y que el Tribunal si lo hizo, pero sin encontrar acreditado el objeto de prueba que era la existencia del contrato de trabajo.

Lo anterior quiere decir que, conforme el artículo 61 del CST en el presente caso la certificación que presuntamente expidió el empleador a la actora (fl.6) no logró ser contrastada con los demás medios de prueba, como por ejemplo, con los testimonios recaudados, pues recuérdese la orfandad probatoria de los hechos, que al no acreditarse los mismos, por ende, las pretensiones no pueden salir adelante, y así lo consideró en un caso de similares contornos la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el que la decisión se extrajo de la prueba testimonial dejando atrás el contenido de las certificaciones, como pasa a citarse la sentencia SL2600-2018, radicación 69175 del 27 de junio de 2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:



(...)

El Tribunal no construyó su decisión exclusivamente con la prueba testimonial; por el contrario, expresamente puntualizó que el análisis fáctico lo emprendía con base en las «las pruebas obrantes en el informativo». De allí que la crítica elevada contra el juez plural por pretermisión de la prueba documental es desatinada, toda vez que, en rigor, la totalidad de los medios de persuasión fueron valorados.

Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017).

Sin duda, en el sub examine, el Tribunal le dio mayor valor a la prueba testimonial recaudada en el curso del proceso, a partir de la cual concluyó que el demandante laboraba en el trapiche del demandado, en actividades de producción de panela, que, a su vez, dependían de la disponibilidad de caña y la funcionalidad de la maquinaria, además que solo se realizaban cuando el trabajador era convocado a hacerlo y durante una semana, al cabo de la cual la materia de trabajo terminaba. Vale decir, las labores contratadas eran determinadas, temporales y volátiles y, más aún, no se sabía en qué tramos se ejecutaron, lo que imposibilitó proferir una condena.

El anterior ejercicio fáctico es respetable e inhabilita la configuración de un error manifiesto de hecho, pues dadas las especiales circunstancias del caso, los terceros declarantes que percibieron los sucesos podían recrear con alta precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutaron las labores contratadas.

Cabe resaltar que la prueba testimonial apreciada, no solo era abundante cuantitativamente, sino que también cualitativamente contribuyó a formar el convencimiento del juez plural, quien encontró en la coherencia y univocidad de las afirmaciones de los declarantes la verdad real de lo ocurrido. Por tal razón, el juzgador bien podía asignar un especial valor y fuerza



demostrativa a ese medio de persuasión y oponerlo a lo consignado en el certificado laboral.

Es oportuno recordar que con ocasión de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los jueces de instancia gozan de la facultad de apreciar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en los medios probatorios que más los induzcan a hallar la verdad. En esta dirección y a menos que sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia, el tribunal de casación no puede invadir el espacio de apreciación asignado a los juzgadores, ya que, de hacerlo, se viola su ámbito de libertad legal.

De tal suerte que si en el caso de marras el Tribunal, evocando argumentos plausibles, halló en la prueba testimonial un poder de convencimiento sobre lo ocurrido en relación con la contratación del demandante, que, a la larga, dejó sin mérito lo consignado en los certificados laborales de folios 17 y 18, mal haría la Corte en contraponer en casación su propio criterio valorativo, pues, recuérdese, el error de hecho en el recurso extraordinario deriva de juicios probatorios contraevidentes, groseros o irreflexivos.”

(...)

En consecuencia, tal como se indicó en precedencia la decisión de instancia será revocada, para en su lugar, ABSOLVER a la sociedad demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

Sin **costas** en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la demandante.

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



R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de agosto de 2020, para en su lugar **ABSOLVER** a la sociedad demandada C.M. CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante la señora JOHANA ELIZABERTH TRIANA HENAO, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

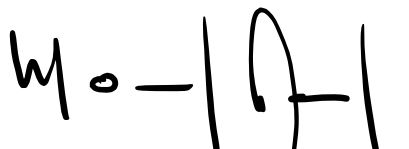
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LORENZO - R', is written over a horizontal line. Below the line, the name 'LORENZO TORRES RUSSY' and the title 'Magistrado' are printed in a bold, sans-serif font. A large checkmark is drawn to the left of the signature.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2019-407-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: AURA INÉS OSORIO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora AURA INÉS OSORIO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación que realizara a Colfondos S.A., el 6 de enero de 1999, por no existir



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12201800549-01 Dte: RUFO RODOLFO ROMERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la debida, suficiente y clara información referente a dicho traslado de régimen pensional; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a dicha administradora del RAIS a efectuar el traslado de los aportes pensionales consignados en su cuenta de ahorro individual a órdenes de Colpensiones. (fls. 1 y 2).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que efectuó aportes al RPM desde que inició su vida laboral y al mediar asesoría por parte de Colfondos, realizó traslado de régimen pensional, ya que dicha AFP, le ofreció mejores condiciones pensionales para promover su traslado, razón por la cual, no comprendió para dicho momento las consecuencias de tal decisión, que igualmente se le señaló que el ISS estaba en crisis económica y era inminente el traslado de sus afiliados a otros fondos, por lo que con fundamento en tales afirmaciones, suscribió formulario de afiliación ante Colfondos en el año 1999, luego de ello, jamás volvió ser contactado por dicha entidad.

Afirma que atendiendo a que durante su afiliación a Colfondos, no recibió ninguna asesoría por su parte, contrató una firma de consultoría particular en temas pensionales, la que le realizó un cálculo actuarial, el que le permitió conocer que el traslado de régimen pensional al que había accedido, no le generó los beneficios prometidos, que previa solicitud elevada por su parte, Colfondos le indicó que sería más benéfico pensionarse en dicho fondo en la modalidad de retiro programado y radicó ante Colpensiones el 17 de diciembre de 2012 formulario de afiliación a lo que esta demandada le indicó la imposibilidad de su traslado, e igualmente ante Colfondos elevó solicitud en igual sentido, la que fue respondida de manera negativa. (fls. 2 y 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1,8 y 10 a 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12201800549-01 Dte: RUFO RODOLFO ROMERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 65).

Por su parte, la AFP Colfondos S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 4, 13 y 14, negó los No. 2, 2.1 a 2.4 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, buena fe, validez de la afiliación al RAIS y ratificación de la vinculación a Colfondos. (fl.86)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia de la relación jurídica de afiliación de la demandante AURA INÉS OSORIO al RAIS, celebrada con Colfondos S.A., el 23 de diciembre de 1998, condenó a esta última a trasladar al RPM los saldos, aportes y rendimientos depositados en la CAI de la demandante a favor de Colpensiones y a esta última a recibir los mismos, absolvió de las demás súplicas de demanda, declaró no probadas las excepciones y no condenó en costas (fl. 106)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que Colfondos únicamente había allegado como medio probatorio, el formulario de afiliación suscrito por la demandante, en el que ella plasma su firma en la voluntad de afiliación, no habiendo ninguna otra prueba que permitiera evidenciar la expresión de su consentimiento para pertenecer al RAIS, de igual forma, se determinó que había determinado que no era beneficiaria del régimen de transición por edad como tampoco por tiempo de cotización; no obstante ello, la Corte Suprema de Justicia, había señalado que este tipo de controversias se analizaban a la luz de la ineficacia del traslado de régimen con independencia de que el afiliado fuese o no beneficiario de dicho régimen.

En tal orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había señalado desde la sentencia 31989 de 2008, en cuanto al fenómeno de traslado de régimen la diferencia de la nulidad o ineficacia del mismo, en la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12201800549-01 Dte: RÚFO RODULFO ROMERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sentencia SL12136 señala las diferencias de tales figuras, indicando que la nulidad se da cuando se verifica la existencia de vicios del consentimiento; de otro lado, la ineficacia tenía lugar cuando se predicaba la inexistencia de una libertad informada en la afiliación; en cuanto a la figura de la nulidad indicó que no obraba prueba que permitiera evidenciar la existencia de un vicio en el consentimiento de la actora al momento de suscribir formulario de afiliación, razón por la cual, por la vía de nulidad de traslado, no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, bajo la óptica de la ineficacia en sentencia SL1452 de 2019, la CSJ, había indicado que era deber de las AFP desde su creación brindar al afiliado toda la información referente a su traslado y el consentimiento informado de este, no se cumplía con la simple suscripción del formulario de afiliación, siendo deber del fondo que promovió la afiliación de la actora en el año de 1998, haber demostrado que brindó dicha información a esta para considerar que su consentimiento estuvo debidamente informado al momento de tomar la decisión de traslado, so pena de declarar ineficaz dicho acto de traslado; lo que no ocurría para el caso bajo estudio, pues no se había allegado ninguna documental que permitiera determinar que a la demandante se le había puesto de presente toda la información referente a su traslado de régimen pensional; razón por la cual, había lugar a declarar la ineficacia del mismo, con el correspondiente traslado de aportes junto con rendimientos y como quiera que el asunto debatido versaba sobre asuntos pensionales, tenía vocación de imprescriptible, no prosperando esta excepción como tampoco las demás propuestas por las demandadas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora AURA OSORIO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 23 de junio de 1998, como se verifica de copia del mismo, visible a folios 55 y 103 del plenario, allegado por la demandada en mención, al igual que por el extremo demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12201800549-01 Dte: RUFO RODOLFO ROMERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12201800549-01 Dte: RUFO RODOLFO ROMERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en etapa de alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que le hubiera brindado a la señora Aura Osorio información alguna o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** al RAIS en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que esta demandada, faltó al deber de información pues debió indicarle a la demandante en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, es por ello que no se puede predicar que dicho traslado de régimen, haya sido libre y voluntario como lo indica Colpensiones pues la demandante, no conocía las consecuencias del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12201800549-01 Dte: RUFO RODOLFO ROMERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Es así como en estos casos, tampoco le asiste razón a Colpensiones en cuanto a que la demandante debe probar vicio del consentimiento alguno, pues como lo advirtió el juzgador de primer grado, en tanto se alegó la omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se afilió; este tipo de acción, se reitera, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, caso en el cual no se impone probar la existencia de vicios del consentimiento y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

De otra parte como quiera que no se dispuso el traslado de gastos de administración, este tópico también ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12201800549-01 Dte: RUFO RODOLFO ROMERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, en las que se señaló que los mismos debían trasladarse a órdenes de la administradora pensional del RPM, razón por la cual, en grado de consulta a favor de Colpensiones, se **adicionará** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí dispuesto, debe comprender las sumas descontadas por concepto de gastos de administración.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado.

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

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de sentencia consultada, en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí dispuesto, debe incluir lo descontado por concepto de gastos de administración.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12201800549-01 Dte: RUFO RODOLFO ROMERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 04-2018-0394-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA AMANDA BARRETO BERNAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Ceibolt Julieth Acuña Mayordomo identificada con C.C. 1.023.916.764 y T.P. 272.291 del C.S. de la J., en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de julio de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la demandada Colpensiones presentó alegaciones.

ANTECEDENTES

La señora María Amanda Barreto Bernal por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de la AFP Porvenir S.A.; en consecuencia, solicita se ordene trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, y costas en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició a cotizar al ISS el día 16 de octubre de 1987, que laboró al servicio de varios empleadores; que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., porque un funcionario de esa entidad le dijo que el ISS se iba a terminar y que debía trasladarse; que se retiró el 30 de septiembre de 2017 del Banco Bogotá; que un asesor le dijo que se podía pensionar a la edad de 49 años con una mesada inicial de \$937.100; a los 57 años con \$2.051.100; a los 58 años de edad con \$2.229.300 y a los 60 con \$2.627.700; que no está de acuerdo con las cuantías anteriores; que el 16 de noviembre sin indicar el año radicó petición ante Porvenir S.A., a lo que la entidad respondió la imposibilidad de trasladarse de régimen pensional.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 4, 6, 9 y 10 y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); inexistencia de la obligación de afiliación; excepción de error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción y presunción de legalidad de los actos jurídicos.

Por su parte, Porvenir S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 9 y 10, negó los numerales 5, 7 y 8, y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandada; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional de la demandante a través de la AFP Porvenir S.A.



CONDENÓ a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

ORDENÓ a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante.

Se abstuvo de imponer costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, conforme la sentencia SL17595 del año 2017 y 68838 de 2019 entre otras, la responsabilidad de las AFP es de carácter profesional y que debía comprender todas las etapas del proceso; que revisadas las pruebas concluye que no se le entregó la información completa a la demandante, solamente se aporta la historia laboral de Colpensiones, el formulario de afiliación el 12 de septiembre de 1997 folio 118 y certificaciones de Asofondos en las que consta las vinculaciones de la actora.

Que la simple firma del formulario de afiliación a lo sumo acredita un consentimiento sin vicios pero no informado, y que aunque se pidió la nulidad era carga de la prueba acreditar que existió algún vicio en el consentimiento, error, fuerza o dolo, por lo que no resulta procedente declarar la nulidad de la afiliación; pero si la ineficacia, ya que no se observa que se le haya entregado alguna información adicional al formulario de afiliación que solo son datos personales del afiliado; que lo dicho por la actora fue que en el año 1997 sus aportes generaban rendimientos financieros y que estaban destinados a una cuenta de ahorro individual, sin que confesara otra situación.



Que la señora Silvia Pinzón señaló que les explicaron la manera de hacer los débitos, que la pension se podía heredar, y que sintió mucha presión por el banco para trasladarse al régimen de ahorro individual; consideró procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

Que frente a los gastos de administración el juzgado se apoya en lo referido por la Corte Suprema de Justicia al respecto en sentencia citada antes, ya que es una consecuencia de la indebida conducta de la administradora al no habersele suministrado la información necesaria a la persona y que debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el afiliado.

APELACIÓN

AFP PORVENIR S.A.

“Me permito presentar recurso de apelación en lo que tiene que ver con los gastos de administración, ya que los AFP realizan esos descuentos mes a mes con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que estos se originan en los dos regímenes, que en el caso que nos ocupa no se evidencia ningún detrimento en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ya que se observa un rendimiento considerable por concepto de rendimientos financieros fruto de la excelente gestión del fondo privado; que los dineros ya pagados a las aseguradoras por concepto de reaseguros son sumas que se encuentran en manos de terceros, sumas pagadas con el objeto de cubrir las contingencias derivadas de los riesgos de I y M, diferente al de muerte y que en el caso que hubiere acontecido los mismos hubieren nacido a la vida jurídica pues estuvo amparada por estos durante todo el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, por lo que no se deben trasladar a Colpensiones ya que se generaría un detrimento patrimonial y enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones, por lo que solicito se revoque la sentencia en este aspecto.

COLPENSIONES

“Me permito interponer recurso de apelación indicando que el traslado realizado por la dte para el año 1997 a Porvenir generó obligaciones para ambas partes que de acuerdo con el artículo 1495 del Código Civil y si bien la ley exige al fondo suministrar la información también exige al afiliado un deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia del régimen sustentado en la sentencia SL1452 del 2019, que desde el 97 y hasta el 2017 la dte no ejerció sus obligaciones como consumidor financiero y solo hasta el 2017 cuando decide preguntar por su mesada pensional se da cuenta que será inferior a la que recibiría en el rpm e inicia este proceso, dejando



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2018 – 0394 – 01 DTE: MARIA AMANDA BERRETO BERNAL
DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

pasar casi 20 años sin hacer ninguna manifestación o consultas ante las entidades, que en el 2017 ya no podía regresar al rpm, que con la sentencia se atenta contra el principio de la relatividad de los negocios jurídicos porque Colpensiones no tuvo injerencia para el año 1997, y en el de la sostenibilidad financiera puesto que aceptar ese tipo de traslados genera una descapitalización y vulnera a las personas que ya vienen cotizando en el régimen de prima media. Que si se confirma la decisión se conceda a Colpensiones la posibilidad de iniciar acciones contra las AFP por los perjuicios que le cause al momento de reconocer la prestación a la dte en detrimento del rpm”.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora María Amanda Barreto Bernal, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir S.A., el día 12 de septiembre de 1997, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 118 del plenario.

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



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

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

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



De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Barreto Bernal, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la AFP Porvenir S.A., faltó al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



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

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

Es así como, contrario a lo afirmado por la apoderada de Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma creación de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte de la demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió, razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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



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

Ahora, y en gracia de discusión, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

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

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



Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen pensionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones como lo afirma la apoderada de esta última en el recurso, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Respecto de los gastos de administración, cuestión que es objeto de reproche por parte de las demandadas Porvenir S.A., éstos, que fueron descontados de la cuenta individual del demandante, deben ser objeto de traslado hacia Colpensiones como consecuencia de la ineficacia del traslado siendo procedente confirmar la decisión en tal sentido; así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, señalando:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la



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

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

Luego, tal decisión no resulta desacertada como lo hace ver la apoderada de Porvenir S.A. en su recurso, toda vez que, ello encuentra sustento también y recientemente en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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



pensiones demandados, por lo que el recurso de apelación de Colpensiones en este aspecto si sala avante.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



M o - 1 0 - 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO - R

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 28 2017 573 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIA TRESA ROZO VILLAMIL
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta n asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

ALEGATOS

Dentro del término concedido, la demandada PORVENIR S.A., presentó alegatos de conclusión.

SENTENCIA

Al conocer la sentencia de fecha 25 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Veintiocho laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Solicitó la parte actora se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual realizado con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A., que como consecuencia de lo anterior, se condene a esta demandada a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los ahorros que posea en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y demás dineros que posea. Que se ordene a la demandada COLPENSIONES que proceda a recibir la totalidad de lo ahorrado junto con sus rendimientos, los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl.- 6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

- Que prestó servicios a diferentes empresas privadas y públicas por más de 20 años a la fecha.
- Que se encontraba vinculada al Régimen de Prima media con prestación definida.
- Que el 16 de julio de 1999, la indujeron en error para que se trasladara al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.
- Que fue inducida de manera inapropiada, ya que nunca le indicaron los pormenores del traslado, ni los eventuales riesgos.
- Que nunca le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva y menos aún una simulación de su mesada pensional.
- Que las demandadas tienen la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información correspondiente y en debida forma a la actora al momento de tomar la decisión del traslado del régimen.
- Que elevó a las accionadas peticiones en las que solicita nulidad de la afiliación realizada, pero no fueron atendidas de manera favorable (fl.- 2 - 5)

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Mediante auto del 3 de septiembre de 2019, se dio por no contestada la demanda, por parte de la demandada **PORVENIR S.A.**, (fl.- 88-89)

Por su parte la demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 34 a 36, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia del pago de costas. (fl. 75 - 85).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 25 de junio de 2020, resolvió:

1. *Declarar la nulidad del traslado de régimen pensional por la señora María Teresa Rozo Villamarín al régimen de ahorro individual con solidaridad, con fecha 16 de julio de 1999, por intermedio de la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrada por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
2. *Condenar a la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidas en la cuenta de ahorro individual de la señora María Teresa Rozo Villamarín, quien se identifica con la cedula de ciudadanía 20.947.633, a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones.*
3. *Condenar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones para que active la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, y proceda a actualizar su historia laboral.*
4. *Declarar no probados los medios exceptivos propuestos por Colpensiones.*
5. *Las costas de esta instancia están a cargo de las administradoras demandadas, fijándose como agencias en derecho la suma de %500.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.*
6. *De no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior en tanto le resulta adversa a los intereses de la demandada Colpensiones.”*

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Lo primero que debe indicarse es que se encuentra acreditado en el proceso es que la señora María Teresa Rozo Villamarin estuvo vinculada al instituto de seguros sociales desde el 1 de enero de 1995, según se observa en el expediente administrativo de la demandante, obrante en el cd de folio 90. Igualmente se tiene que el 16 de julio de 1999, ella suscribió el formulario denominado solicitud de vinculación o traslado en la afp porvenir s.a., tal como se avizora en la documental que milita a folios 24 y 50 del plenario. De la nulidad del traslado. Preciso lo anterior, debe señalarse que le corresponde a la afp porvenir s.a., la carga de probar en que circunstancias se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se otorgó el traslado del régimen, si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviera debidamente informado y así escoger el que mejor le convenía. En efecto, la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, sobre el tema ha sido pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado, se requiere que la administradora de ahorro individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la situación del traslado, incluso si fuera el caso en desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses, y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la nulidad del traslado, tal como lo ha señalado, entre otras, en la sentencia sl2136 de 2014, mas recientemente la sentencia sl1421, 1452, 1688 y 1689, todas del año 2019. Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, debe indicar esta juzgadora que en el plenario no se logró acreditar que la demandante hubiese recibido una información por parte de porvenir s.a. sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen al momento de ser incluida como afiliada, pues los medios de convicción aportados al proceso, analizados en conjunto permite colegir que la afp porvenir s.a. no acreditó haberle suministrado una información clara, precisa y detallada a la aquí accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituyó omisión en el deber de información, en efecto, dicha entidad no allego prueba alguna con la que demuestre que al momento de acoger como afiliada a la demandante el asesor hubiese efectuado una simulación, proyección a futuro, cuadro comparativo de la pensión de vejez, que podría recibir en un régimen pensional o en otro, situaciones que puedan llevar a concluir que cumplió con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información suministrada a fin de realizar un traslado de régimen pensional. Ahora, aun cuando a folio 24 limita formulario de afiliación a la afp porvenir, se debe recordar que cuando la persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición, debe señalarse que en este momento se le suministró una información, clara, precisa y detallada, sobre las desventajas o beneficios que acarrea el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

trasladarse de un régimen pensional a otro, lo que se protege si es decisión del afiliado pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional en aras de construir su derecho. Luego, pese a que en el formulario de vinculación se plasmó lo aquí contenido, no es menos cierto que la afp encartada no cumplió con su deber de proporcionarle a la afiliada una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Frente a los comunicados de prensa que fueran arrimados en la oportunidad pertinente por la afp encartada porvenir s.a., que militan en los folios 71 y 72, debe indicarse que eso no tienen la capacidad de acreditar que la demandante al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen, contaba con el pleno conocimiento de las implicaciones que acarreaba tal decisión. No queda mas sino que declarar la nulidad de la afiliación de la aquí demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 26 de julio de 1999 por intermedio de la administradora de fondos de pensiones porvenir s.a., declaración que trae como consecuencia el regreso automático de la señora Villamarin al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, en consecuencia la afp porvenir s.a. deberá trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 20.947.633, esto a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, entidad ultima que deberá activar la afiliación de la aquí accionante y proceder a actualizar su historia laboral. Las excepciones, teniendo en cuenta las consideraciones de esta sentencia, se declarará no probados los medios exceptivos propuestos por Colpensiones, donde se incluye la de prescripción, puesto que la nulidad del traslado de régimen pensional en materia laboral, por guardar este asunto una estrecha relación con la posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado resulta imprescriptible. Las costas, como lo establece el artículo 365 del código general del proceso, se condenará en costas de esta instancia a las demandadas por resultar vencidas en juicio. Se señala como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de estas en favor de la parte actora. En merito de lo expuesto, el juzgado 28 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve...”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas interponen recurso de apelación, así:

PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“Me permito interponer recurso de alzada, solicitando al ad quem revocar la sentencia que acaba de proferir, teniendo en cuenta que los actos desplegados por la parte actora demuestran su aceptación al régimen de ahorro individual, se evidencia una indebida apreciación fáctica, jurídica y probatoria en cuanto a las reglas de la única y sana crítica, se desconoció circunstancias de tiempo modo y lugar, origen de la presentación donde se evidencia la configuración de un perfeccionamiento del acto inexistente. El artículo 898 del código de comercio expresa que la ratificación expresa a las partes, dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación sin perjuicio de terceros de buena fe, lo cual teniendo en cuenta la fecha de cambio de régimen se evidencia que la parte actora nunca tuvo intenciones de no hacer parte y evidentemente aceptó sus características, respecto igualmente si analizamos el presente proceso bajo la nulidad, pues tenemos que esta fue saneada en los términos del artículo 1752 y 1754 en cuanto estas expresan la ratificación expresa tacita que puede sanear el vicio del contrato, y al presente caso pues al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, se tiene en cuenta que la actora durante todo este tiempo, esto es desde el diligenciamiento aceptó sus características, descuentos, etc. Respecto del numeral 5, solicito al tribunal revocar estas en cuanto sobre mi representada cae la obligación de hacer, esto es, solamente es activar y se propusieron las excepciones con ocasión a que soy un tercero de buena fe y el debate jurídico se centra entre la parte actora y la afp. Así las cosas, termino mi recurso. Gracias.”

APODERADO DE PORVENIR S.A.:

“Muchas gracias señora juez, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia recién proferida, y sustento mi recurso por las siguientes razones: en primer lugar, el despacho toma la decisión de decretar la nulidad del traslado del afiliada del entonces seguro social al fondo que represento, con fundamento en una supuesta ausencia del deber de información o un incumplimiento del deber de información que tiene mi representada con la demandante para el momento que realizó su traslado. Sin embargo, con esta decisión se estaría exigiendo a mi representada cumplir ciertas acciones que de ninguna manera eran obligatorias para el momento en que se realizó el traslado de la demandante, esto es, en julio de 1999. En este sentido, mi representada no tenía la obligación de brindar la información en los términos que está indicando la sentencia. En efecto, en la superintendencia financiera de Colombia mediante concepto 2015123910-002 del 21 de diciembre de 2015, indicó que el deber de asesoría en los términos en que lo plantea la sentencia, solamente fue previsto cuando se creo el sistema de información al consumidor financiero, esto es con la ley 1328 de 2009, es decir, muy posterior al momento de la afiliación y su decreto reglamentario además 2555 de 2010, por otro lado, no fue sino hasta la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, que se instituyó la doble asesoría y por esta razón considero que no es acertada la sentencia, en el sentido de estar exigiendo a mi representada cumplir un deber de información de una forma que no estaba exigida en ese momento en las normas vigentes, al contrario mi representada es claro y se demostró con la misma firma del formulario por parte de la demandante, que estaba informada de todas las condiciones y características



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que tenía y de las consecuencias que tenía su traslado de régimen, en todo caso, si se entendiera que solicito respetuosamente al superior que en caso de que decidiera confirmar la decisión de declarar la nulidad del traslado de la demandante o de la afiliación al fondo que represento y como consecuencia el traslado de los fondos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, solicito se revoque la parte que ordena que no se haga ninguna deducción, lo anterior con fundamento en que la superintendencia financiera de Colombia en concepto 20191522169-003000, del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución, por ejemplo, de la prima de seguro provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura y tampoco considero que sea ajustado a derecho el ordenar que no se hagan los descuentos de las comisiones que se generan por la administración de los recursos, toda vez que esto generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones o de la demandante, como consecuencia de ordenar el traslado de los fondos que indico en la sustentación de mi recurso. En esos términos dejo sustentado el respectivo recurso de apelación presentado. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por las demandas en sus recursos de apelación, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

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

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO
VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO
VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO
VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO
VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO
VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 573 01 Dte: MARIA TERESA ROZO
VILLAMIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 27-2017-0423-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: DIEGO IVAN SALGADO ARBELAEZ

DEMANDADOS: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE
BOGOTÁ E.T.B. – E.S.P.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la demandada Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. – ETB - E.S.P., y POSTIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., presentaron escrito de alegatos de



conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor Diego Salgado por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se CONDENE a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión convencional, subsidiariamente se condene a la pensión especial por actividades de alto riesgo, que en subsidio de todo lo anterior, se condene al reembolso de las deducciones por aportes en proporción del 4% que se hicieron con destino al Fondo de Prestaciones, junto con la indexación y rendimientos financieros. Así mismo, se condene a la reliquidación de las cesantías definitivas y de todos los “haberes” a la terminación del contrato de trabajo, indemnización moratoria por la falta de pago de los anteriores conceptos y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, prestó sus servicios a favor de la empresa demandada a partir del 21 de julio de 1994, que presentó renuncia el 30 de enero de 2017 al cargo de instalador – reparador y que devengaba un salario básico de \$1.606.473.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada ETB – ESP contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los tres primeros y negó los tres restantes. Como excepciones de mérito formuló las que denominó



inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a mi representada y de requisitos para acceder a pensión convencional; cobro de lo no debido; ausencia de causa o inexistencia de causa para demandar; buena fe de la entidad demandada; compensación y prescripción.

Al trámite se vinculó a POSITIVA – COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en fracción de audiencia de saneamiento del 5 de junio de 2019; entidad que contestó la demanda manifestando guardar silencio frente a las peticiones, y en cuanto a los hechos indicó no constarle ninguno de los propuestos. Como excepciones de mérito formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del derecho y de la obligación e indemnidad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

DECLARÓ probadas las excepciones formuladas por la ETB de: *inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a mi representada y de requisitos para acceder a pensión convencional; cobro de lo no debido y ausencia de causa para demandar.*

CONDENÓ en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000., a favor de cada una de las demandadas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si le asiste derecho al señor Diego Iván Salgado al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los



Proceso Ordinario Laboral 27 – 2017 – 0423 – 01 DTE: DIEGO IVAN SALGADO ARBELAEZ
DDO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB - ESP

términos de la cláusula 24 de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el sindicato de la ETB y la empresa, el 8 de marzo de 1984 pese a la modificación que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política; que como premisa normativa se tiene la cláusula 24 de la convención según la cual la empresa pensionará a los trabajadores que hayan adquirido el derecho, es decir, 20 años de servicios en entidades oficiales y 50 años de edad, no obstante el trabajador que al cumplir 50 años tenga mas de 20 años de servicio en la empresa en forma continua podrá seguir laborando en la empresa hasta completar 25 años, que la empresa procederá a pensionar a los trabajadores que hayan laborado 25 años continuos o discontinuos al servicio de la entidad sin consideración a la edad; que no obstante, y previo a determinar si el actor cumple con el requisito convencional debe indicarse que el artículo 48 de la CP fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 que implementó modificaciones a las pensiones convencionales y al régimen de transición de la ley 100 de 1993; en lo que tiene que ver con las pensiones convencionales, el parágrafo 2 estableció: a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en el sistema general de pensiones, y para salvaguardar los derechos adquiridos de los trabajadores próximos a pensionarse en los términos de pensiones colectivas vigentes en empresas públicas y privadas el parágrafo 3 señaló: las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo, contenidas en pactos, convenciones colectivas, laudos o acuerdos válidamente celebrados se mantendrán por el término inicialmente estipulado en los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes, en todo caso, perderán vigencia el 31 de julio de 2010; que se tiene en cuenta la sentencia de la CSJ del 3 de abril de 2008 en la que se explicó el alcance de la anterior disposición, según la cual a partir del 25 de julio de 2005 no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones por el camino de los pactos, convenciones colectivas, laudos, o en general por cualquier acto jurídico, que no obstante, como una forma de proteger los derechos adquiridos antes de la entrada en vigencia del acto legislativo, el mismo consagró que aquellas condiciones pensionales que regían a la fecha de entrada en vigencia del acto se mantienen incólumes siempre que el derecho pensional se cause al 31 de julio de 2010 como máximo; como premisas fácticas tenemos las siguientes: el actor prestó sus servicios en la ETB desde el 21 de julio de 1994 y hasta el 30 de enero de 2017 en el cargo de instalador, reparador, de la dirección de aprovisionamiento de servicios masivos como se observa en la certificación que obra en el expediente digital; que fue beneficiario de la convención colectiva de trabajo celebrada entre la ETB y sintratefonos el 8 de marzo de 1984 durante el tiempo que laboró en la entidad como se lee en un aparte de la certificación aportada por la ETB al expediente; que el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo suscrita en la ETB se causa luego de 20 años de servicio continuo o discontinuo en entidades oficiales y 50 años de edad o 25 años de servicios continuos o discontinuos al servicio de la ETB sin tener en cuenta la edad, no obstante, era necesario que tales presupuestos de edad y tiempo de servicio, se consolidaran a más tardar el 31 de julio de 2010 para convertirse en un derecho adquirido que no pueda afectarse por el acto legislativo 01 de 2005 como se explicó; que en el presente caso, si bien la parte actora no aportó documental para verificar la fecha de nacimiento del demandante, lo cierto es que el actor para el 31 de julio de 2010 completaba apenas 16 años, una



Proceso Ordinario Laboral 27 – 2017 – 0423 – 01 DTE: DIEGO IVAN SALGADO ARBELAEZ
DDO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB - ESP

semana y tres días al servicio de la ETB, es decir que no alcanzó ni siquiera el requisito de los 20 años al servicio de la ETB antes del 31 de julio de 2010, por lo que se concluye que no mantuvo el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos de la cláusula 24 de la convención colectiva de trabajo ante la modificación que el artículo 48 de la CP introdujo el AL 01 de 2005 por lo que debe negarse la pretensión de la pensión de jubilación.

Al negarse la pretensión principal, sobre las pretensiones subsidiarias, como es la pensión especial por actividades de alto riesgo, a la cual no se accede al no demostrar haber ejercido actividades de alto riesgo para la salud en los términos del artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, que para el reconocimiento de la referida prestación no se encontraría a cargo de la empresa demandada, sino que es una prestación pensional que se encuentra a cargo de las administradoras del sistema de pensiones, que tampoco se accede al reembolso de las sumas deducidas al actor en un 4% para el fondo de prestaciones pues contrario a lo que afirma la parte actora en la demanda, el referido aporte descontado durante la vigencia de la relación laboral no tenía como objeto el financiamiento de la pensión de jubilación, sino que el mismo se hacía en virtud de la cláusula 17 de la convención colectiva de 1984, que es así como la ETB constituyó el fondo de prestaciones sociales con el fin de crear una reserva exclusivamente a atender entre otras, el servicio médico y el servicio odontológico a través de la resolución 3873 del 30 de mayo de 1988, se reglamentó la prestación de los servicios médicos a los familiares de los trabajadores y de los pensionados, y mediante la resolución 10477 del 15 de julio de 1996 se dispuso la financiación de los servicios médicos, clínicos y medicamentos para la atención no solo de los trabajadores y pensionados de la ETB sino de la cobertura de sus familiares, así las cosas, no podría pretender el demandante durante la vigencia de su contrato de trabajo beneficiarse de las prerrogativas a las que pudo acceder en calidad de trabajador, él y sus familiares, sin que ello significara efectuar el aporte al fondo de prestaciones sociales, por lo que no puede accederse a la devolución del 4% pretendido; por último, en cuanto a la reliquidación de las cesantías definitivas y haberes liquidados al momento de la terminación del contrato de trabajo, junto con el pago de la indemnización moratoria, teniendo en cuenta que la parte actora se limitó al simple pedimento sin indicar ningún supuesto fáctico ni argumentativo con el que fundamente su petición, ni indicó el desatino en el que supuestamente incurrió la ETB para la respectiva liquidación, se niegan las referidas pretensiones; que teniendo en cuenta que no se accedió a ninguna de las pretensiones de la demanda, por sustracción de materia no se emitirá pronunciamiento alguno respecto de la posible responsabilidad de Positiva Seguros. Se declaran probadas las excepciones de inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a mi representada y de requisitos para acceder a pensión convencional, cobro de lo no debido y ausencia de causa e inexistencia de causa para demandar formuladas por la ETB. Costas a cargo del demandante en 400 mil pesos para cada una de las entidades, como agencias en derecho.



APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito interponer recurso de apelación para que ante el Tribunal se revoque todas y cada de las... de la sentencia que el despacho acaba de proferir y lo sustento de la siguiente manera: que si bien es cierto para negar el derecho a la pensión convencional a los trabajadores de la ETB se invoca transitorio 1 del Acto Legislativo del 2005, en este caso, esa norma no es aplicable al caso de los trabajadores de la ETB, por cuanto la empresa al hacer los descuentos de los trabajadores mensualmente y en un porcentaje del 4% está en la obligación de pensionarlos teniendo en cuenta que asumió la obligación de pensionar al mantener vigente el fondo, sino por el hecho que no puede la empresa a su arbitrio cambiar la destinación de los fondos que sean recaudados para tal efecto; que de igual manera no es el caso invocar la aplicación de Acto Legislativo 1 del 2005 para negar el derecho puesto que la situación de los trabajadores de la ETB no encaja dentro de dicho precepto puesto que si existe un fondo destinado al reconocimiento de pensiones y dicho fondo no ha sido liquidado y por el contrario se continúan efectuado los descuentos es evidente que subsiste la obligación de pensionar al demandante y de pensionar a los trabajadores que han aportado a dicho fondo, en estos términos dejo sustentado el recurso.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., que en síntesis se circunscribe a la inconformidad por la decisión que negó la pensión convencional, al insistir que en el presente caso no puede darse aplicación al Acto Legislativo 01 de 2005.

En primer lugar, teniendo en cuenta que el recurso se eleva sobre lo considerado por la recurrente en punto que, comoquiera que se realizaron descuentos al actor destinados al Fondo de Prestaciones Sociales y que el mismo no ha sido liquidado, es por lo que, la obligación pensional de la entidad subsiste, frente a lo cual la Sala considera desacertado.



Conforme lo anterior, no está en discusión si el actor era o no beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la demandada ETB y SINTRATELEFONOS el día 8 de marzo de 1984 (fls.47 a 68), al interior del cual en la cláusula decimoséptima se indicó lo siguiente respecto del fondo para prestaciones sociales, lo siguiente:

“La empresa aportará el 8% de sus productos brutos con destino al Fondo para Prestaciones Sociales. Igualmente, los trabajadores aportaran el cuatro por ciento (4%) de su salario con destino a este fondo.

Parágrafo: La empresa de Teléfonos de Bogotá tendrá su propio régimen prestacional, para atender todas las prestaciones sociales de sus trabajadores, en tal forma que las cesantías parciales y totales no podrán ser destinadas a engrosar otros fondos creados por el Gobierno Nacional o Distrital.”

Así las cosas, conforme la cláusula referida no hace alusión, que el recaudo o descuento a los trabajadores en proporción del 4% estuviera destinado a financiar prestaciones pensionales sino prestaciones, por lo que, por un lado, tales descuentos no pueden ser vistos como aportes en aras de la construcción de un derecho pensional, y por otro, de su pervivencia no depende la continuidad de los beneficios convencionales y extralegales de los trabajadores en materia de pensiones, por ende, el argumento esbozado por la apelante no tiene fundamento jurídico.

Por otro lado, en el recurso se insiste en el derecho pensional convencional al señalar la inaplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005, precisamente ante la errónea consideración que ante la existencia del Fondo de Prestaciones Sociales y el aporte que realizan los trabajadores, es por lo



que la entidad debe seguir pensionando conforme los beneficios de la Convención Colectiva, que como se dijo, nada más desacertado.

Al respecto, tal como lo consideró la Juez de instancia, no era posible acceder al beneficio pensional de naturaleza convencional, ya que el parágrafo 3° del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 no lo permitía, puesto que la posibilidad de acceder a esa prebenda sindical solo era posible hasta el 31 de julio de 2010, que es la fecha límite establecida en esa disposición constitucional, que dice:

(...)

"Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

(...)

Luego, el actor para el 31 de julio de 2010 tan solo contaba con 16 años, una semana y tres días de servicios al servicio de la entidad, información suministrada por la misma parta actora y que no tiene reparo en el recurso, la cual de todas maneras resulta suficiente para despacha desfavorablemente el derecho pensional que tan solo quedó en el terreno de las expectativas, ya que conforme la cláusula vigésima cuarta no alcanzó para la data limite del Acto Legislativo 01 de 2005, ni siquiera 20 años de servicios.



Lo anterior no resulta caprichoso, toda vez que, ha sido ampliamente analizado al interior de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, como por ejemplo, en un caso de similares contornos estudiado en la sentencia CSJ SL12420-2017 y reiterada en la sentencia CSJ SL1571-2018:

(...)

Ahora bien, en lo concerniente al reproche jurídico del segundo cargo, la Corte no encuentra configurada ninguna equivocación del fallador, pues, tal como lo sostuvo, el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Carta Política de 1991, dispuso en el parágrafo 2 que, a partir de su vigencia, no podían establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o actos jurídicos condiciones pensionales diferentes a las establecidas en el sistema.

Sin embargo, hay un régimen de naturaleza transitoria, según el cual las condiciones pensionales que regían a la fecha de vigencia del acto legislativo contenidas en convenios colectivos de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado sin que en los convenios o laudos que se suscriban entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, puedan pactarse condiciones pensionales más favorables a las que se encontraren vigentes, perdiendo vigencia en cualquier caso, en la última fecha anotada. En esta última hipótesis, cabe distinguir tres situaciones:

a) El “término inicialmente estipulado” hace alusión al que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que, si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”. Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.



Proceso Ordinario Laboral 27 – 2017 – 0423 – 01 DTE: DIEGO IVAN SALGADO ARBELAEZ
DDO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB - ESP

b) En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

c) Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3º transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo.

Quiere decir lo anterior, que, por voluntad del constituyente delegado, las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, lo que indica, que ni las partes ni los árbitros pueden regular condiciones más benéficas a las estipuladas, pues la voluntad superior les ha prohibido expresamente tratar ese punto.

Es decir, que, en lo relacionado con esa materia, la intención legislativa y la del constituyente delegado es la de que sea regulada única y exclusivamente por la ley de seguridad social, la cual tiende a evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario y a acabar los dispersos regímenes en ese aspecto, procurando con ello cumplir con los fines y principios que le fueron asignados y que aparecen consignados en el Título Preliminar, Capítulos I y II de la Ley 100 de 1993.

Ahora, frente a aquellas personas que se encontraban cercanas al cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de jubilación y con el fin de que sus expectativas no resultaran frustradas por disposiciones posteriores, el Gobierno Nacional, para garantizar ese objetivo, invocó el mecanismo tantas veces utilizado por el legislador, cual es el de la transición normativa, propósito que quedó claramente consignado en la referenciada



Proceso Ordinario Laboral 27 – 2017 – 0423 – 01 DTE: DIEGO IVAN SALGADO ARBELAEZ
DDO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB - ESP

exposición de motivos, en la que sobre el particular, inicialmente, así se expresó:

En todo caso, siguiendo los principios que se han venido estableciendo en materia constitucional, al hacer la reforma debe procurarse conciliar el interés general que impone hacer la reforma con la situación de las personas que se encuentran en una situación próxima a la pensión.

Si bien no existe un derecho adquirido mientras no se hayan cumplido los supuestos previstos en la norma que otorga el derecho, y por ello no se puede hablar de un derecho adquirido a un régimen pensional, también es cierto que cuando se realizan reformas debe tomarse en cuenta la situación de las personas que están próximas a adquirir el derecho, y en la medida de lo posible establecer un tránsito normativo de tal manera que sus legítimas expectativas se tomen en cuenta.

(...)

En consecuencia, no se encuentran elementos al interior del recurso de apelación que permitan modificar o revocar la decisión de primera instancia, por lo que se conformará la misma.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado