



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ASISCLO GONZÁLEZ CARRILLO  
**Demandada:** MULTIDIMENSIONALES SAS  
**Radicado No.:** 110013105-002-2012-00640-01  
**Tema:** CULPA PATRONAL- APELACIÓN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** ASISCLO GONZÁLEZ CARRILLO instauró demanda ordinaria contra MULTIDIMENSIONALES S.A.S., con el propósito de que se declare que entre la primera entidad y la demandante se suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 10 de noviembre de 2003, el cual finalizó el 1 de febrero de 2012, de manera unilateral, arbitraria y sin justa causa por parte del empleador; que como consecuencia, se condene a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, calzado y vestido de labor, indemnización por despido, indemnización moratoria del artículo 65 del CST; que se declare civilmente responsable de los daños y perjuicios causados por la enfermedad profesional, y en consecuencia, se condene a los daños y perjuicios materiales o patrimoniales; que se condene a los daños y perjuicios a la vida de relación en favor de Gilda Montaña Sánchez, Maribel Sánchez Montaña y Yeison Asisclo González Montaña; que se condene a los perjuicios morales, la actualización de las condenas, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se celebró contrato de trabajo el 10 de noviembre de 2013, para desempeñar el cargo de Montacarguista, con un salario para el año 2011 de \$719.000, y para el 2012 de \$769.000; que finalizó el contrato el 1 de febrero de 2012 sin justa causa; que el horario era rotativo de lunes a domingo, de 6:00 am a 2:00 pm, de 2:00 pm a 10:00 pm, y de 10:00 pm a 6:00 am; que el 2 de febrero de 2012 se realizó la liquidación de cesantías y otros conceptos, que ascendió a la suma de \$8.428.862, el cual no suscribió; que el empleador no le suministró calzado y vestido de labor, así como tampoco recibió cesantías, intereses a las cesantías, primas semestrales y anuales; que se adeuda la indemnización por despido injusto; que durante la relación laboral sufrió una enfermedad profesional que sobrevino como consecuencia obligada por la labor desempeñada, consistente de una lumbalgia (discopatía lumbar) que le han causado perjuicios tanto a él como a su entorno familiar, a la temprana edad de 35 años; que el 12 de marzo de 2012 el centro de Especialista Pepe Sierra realizó valoración médica ocupacional diagnosticándole como

enfermedad profesional la lumbalgia (discopatía lumbar) e hizo algunas recomendaciones; que por motivo de la enfermedad profesional y la falta de pago de las prestaciones sociales, ha sufrido daños y perjuicios; que desde el 23 de diciembre de 2006 contrajo matrimonio con la señora Gilda Montaña Sánchez, procreando a Yeison Asisclo, mayor de edad, y Maribel Sánchez Montaña, menor de edad; que solicitó ante la Inspección del Trabajo y Seguridad la respectiva conciliación, pero la entidad demandada fue contumaz en su proceder; que la entidad demandada no ha pagado la incapacidad por la enfermedad profesional padecida, además que es como consecuencia obligada a su clase de trabajo y al medio en que se vio obligado a trabajar (fol. 2 a 7).

**2. Contestación MULTIDIMENSIONALES S.A..** Al dar respuesta al libelo introductorio se allanó a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido en las fechas indicadas en la demanda; que el contrato finalizó sin justa causa con el reconocimiento de indemnización, así como también se pagaron las prestaciones sociales; que la enfermedad padecida por el actor es una enfermedad general y no profesional, por lo que nunca existió culpa patronal; y que la entidad fue cumplidora de velar por la salud ocupacional del actor brindándole los elementos necesarios para su protección. (fols. 82 a 95).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 26 de agosto del 2021, en la que el fallador de primera instancia absolvió a MULTIDIMENSIONALES SAS de toda y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, gravando en costas a la parte demandante.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que no había discusión que entre las partes se suscribió inicialmente un contrato a término fijo celebrado el 03 de noviembre de 2003, que se prorrogó y posteriormente cambió su modalidad a contrato de término indefinido a partir del 03 de agosto de 2005 desempeñándose como montacarguista y devengando como último salario la suma de \$767.000, contrato que se dio por terminado de manera unilateral por parte del empleador y sin que se le diera justa causa el 01 de febrero de 2012.

Que respecto a la enfermedad profesional, consideró que de conformidad con el decreto 2566 de 2009 la patología de lumbalgia diagnosticada al accionante no se encuentra dentro de la tabla de enfermedades profesionales, por lo que era necesario acudir a la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional; sin embargo, al verificar la prueba aportada se encuentra que, si bien obran documentos sobre las recomendaciones laborales expedidas por el área de Medicina Laboral de Cruz Blanca, las mismas se entregaron con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo y en aquellas no se determinó que la patología fuera de origen laboral sino que la misma se encontraba en estudio, por lo que, el accionante no demostró en el proceso que su padecimiento derive de las funciones desempeñadas en su lugar de trabajo, ni que se hubiese incurrido en una actividad que le generara algún tipo de problema de salud que pueda ser clasificado de origen laboral.

Igualmente manifestó que la actividad probatoria del demandante fue escasa, además de la falta de interés en demostrar su dicho, ya que hizo caso omiso de la orden impartida por el juzgado en la que se le ordenó se acercará a la Junta Regional de Calificación de Invalidez a fin de que se determinará el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, el origen de la enfermedad y su estructuración.

En cuanto a las prestaciones sociales, manifestó que verificada la prueba allegada folios 91 a 131 se advierte la relación de pagos acumulados de enero de 2003 a diciembre de 2012, las liquidaciones de vacaciones anuales y la liquidación final del contrato de trabajo,

en la que se demuestra que le fueron cancelados al trabajador anualmente las prestaciones debidas por ley, entre estas cesantías, primas de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones, razón por la cual no se podía imponer condena alguna por estos conceptos.

Respecto de las dotaciones, la Corte ha sostenido que en los casos en que no se hubiesen brindado una vez terminado el contrato de trabajo, el juez puede ordenar el pago de la indemnización por perjuicios siempre y cuando esto se hubiesen demostrado dentro del proceso, situación que no logra demostrarse en el proceso.

Sobre la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo se apreció que el contrato finalizó sin justa causa con el pago de una indemnización por valor de \$6´445,095, indemnización que advirtió se canceló conforme a derecho, por lo que tampoco procedía alguna condena.

Finalmente, se pidió la indemnización moratoria; sin embargo, como se encontró que la demandada no le adeuda al demandante ningún valor por concepto de salarios y prestaciones, no hay lugar a tal pretensión. (Cd. archivo No 11).

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Al no haberse propuesto recurso de alzada por la parte activa, se remitió el proceso para ser revisado en el grado jurisdiccional de consulta.

**5. Alegatos de conclusión.** Presentó alegatos la parte demandada, quien solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que el demandante no demostró haber contado con alguna situación de salud que lo coloque en la estabilidad ocupacional reforzada, además que los dolores que le aquejaban son de origen común.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

En vista que la sentencia de primer grado fue totalmente adversa a los intereses del demandante, se estudiará la misma en su integridad en el Grado Jurisdiccional de Consulta, conforme las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La enfermedad de lumbalgia (discopatía lumbar) en el caso del demandante constituye una enfermedad de origen laboral o común?
- ✓ ¿Se configura la culpa patronal del artículo 216 del C.S.T, y por ende, hay lugar a la condena por indemnización plena o total y ordinaria de perjuicios?
- ✓ ¿Hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto y demás acreencias pedidas en la demanda? En caso positivo ¿Hay lugar a la indemnización moratoria?

### **Origen de la enfermedad laboral/culpa patronal**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, inicialmente a término fijo celebrado el 10 de noviembre de 2003, que posteriormente cambió su modalidad a contrato de término indefinido a partir del 03 de agosto de 2005, desempeñándose como montacarguista hasta el 01 de febrero de 2012; hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y no fueron recurridos por

las partes, y que además se corroboran con la documental de folios 109 a 113 contrato de trabajo y 153 liquidación final de prestaciones.

En lo atinente al origen de la enfermedad, la parte activa esgrime que la **lumbalgia (discopatía lumbar)** es de origen laboral y está relacionada directamente con la función desplegada durante la vigencia de la relación laboral, mientras que la pasiva argumenta que tal enfermedad es de origen común.

Ahora, para el efecto debe acudirse a lo establecido en el Decreto 2566 de 2009, que adopta la tabla de enfermedades profesionales, vigente para la época, en la que establece de manera preliminar que la definición de enfermedad profesional en Colombia se acompaña con la definición contenida en el literal m) del artículo 1° de la Decisión 584 de 2004 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, donde define la enfermedad profesional como *"la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral"*; igualmente, el mencionado decreto, establece en el artículo 2° que:

*"En los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad profesional"*.

Al respecto, la Jurisprudencia (SL13529-2016) también se ha ocupado del tema, y en concordancia con lo antes expuesto, ha adocinado que:

*"en los casos en que una dolencia no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestre su relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales, será reconocida como tal."*

(...)

*ello es a condición de que exista una relación de causa-efecto entre el factor de riesgo y la patología"*.

Ahora, una vez revisada la tabla de enfermedades laborales, encontramos que la lumbalgia (discopatía lumbar) no se encuentra enlistada en la tabla de enfermedades profesionales expuestas en el artículo 1°, por lo que, siguiendo la regla atrás aludida le corresponde al actor demostrar la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional; empero, al respecto el proceso está huérfano de pruebas, pues el demandante solo se limitó a allegar una documental de la historia clínica, donde inclusive se detalla como motivo de consulta "enfermedad general" e incluso se observan consultas por otros diagnósticos diferentes al aquí alegado, como "L033 Celulitis de Tronco" (Fol. 34), "S202 Contusión de Tórax" (Fol. 30), entre otros, que no logran darle sustento a la tesis defendida por la parte actora.

Ahora, a folio 26 obran unas recomendaciones laborales por parte de CRUZ BLANCA EPS en la que se identifica el diagnóstico de "lumbalgia crónica- discopatía lumbar", pero en cuanto al origen se establece "origen en estudio", es decir, a pesar de que con esa prueba la parte actora aduce que existe la relación de causalidad con la función desplegada durante la vigencia de la relación laboral, su origen no está definido, y precisamente ello acontece por no estar enlistado tal diagnóstico como enfermedad laboral conforme el Decreto 2566 de 2009, aunado a que tales recomendaciones son posteriores a la terminación del vínculo laboral, razón por la cual no podría exigírsele a la demandada allegar estudio del puesto de trabajo o seguimiento a tales recomendaciones laborales, y por ello, la a quo de manera diligente ordenó que se le practique la calificación de pérdida de capacidad laboral al actor (Fols. 173); sin embargo, a pesar de que la Junta Regional

de Calificación de Invalidez informó acerca de los requisitos para presentarse ante tal entidad a la valoración, la parte actora no se inmutó en punto a practicarse la respectiva valoración, pese a que fue requerido por el juzgado de origen el 15 de enero de 2020 (Fol. 175), en consecuencia, ante la pasividad de la parte actora en sacar adelante sus pretensiones y la indeterminación científica respecto al origen de la patología de lumbalgia (discopatía lumbar) como laboral, no queda otro camino diferente para la Sala que confirmar la decisión de instancia.

Establece la jurisprudencia (CSJSL Radicado 31591 del 2 de octubre de 2007) al respecto que:

*"Esto significa que para la determinación del origen profesional de la invalidez, además de la clasificación normativa que se haga de una patología como enfermedad profesional, se exige la demostración de que ella se deriva de la actividad laboral ejercida por el afectado, constatación que implica necesariamente un análisis probatorio, en aquellos eventos como el sub lite en que no se trata de una enfermedad que padezcan exclusivamente las personas que se desempeñan en una determinada actividad laboral o una profesión específica*

*(...)*

*Así, se refiere el artículo 9° del Decreto 2463 de 2001 a los fundamentos de hecho para la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral en el sentido de que deben ser apoyados en "historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificados de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio".*

Conforme lo expuesto, la Sala aprecia que se requería el dictamen para definir el origen de la enfermedad, pero ante la dejadez de la parte actora, no puede la Sala con los elementos probatorios allegados al proceso llegar a conclusión diferente a la que arribó el juez primigenio.

### **Responsabilidad subjetiva del empleador en el accidente de trabajo**

Es menester precisar que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que cuando exista **culpa suficientemente demostrada** por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe responder por la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Con el fin de establecer si existe culpa del empleador en el infortunio ocurrido en el marco de un contrato de trabajo, se debe comprobar más allá de cualquier duda razonable, que sus acciones u omisiones incidieron en el resultado que debió evitarse. En esa medida se exige demostrar en este tipo de procesos cuando el trabajador es el demandante, además, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo, la culpa suficientemente comprobada del empleador y la plena incidencia de esta inobservancia en la ocurrencia del siniestro, atendiendo la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro.

Lo anterior, significa que quien demanda la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, requiere demostrar tres elementos: **(i)** la ocurrencia del siniestro o daño; **(ii)** la culpa del empleador y **(iii)** el nexo de causalidad entre la función desempeñada y el accidente de trabajo (SL 1679 – 2019). En punto a la

exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, para hacer viable la indemnización ordinaria y total de perjuicios que regula el citado art. 216 del C.S.T., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL13653-2015, sostuvo que esta carga probatoria se invierte al empleador cuando se le imputa una actitud omisiva como causante del accidente de trabajo:

*« (...) esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..." (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior "...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».*

De manera que, conforme al señalado criterio jurisprudencial, en principio la parte actora tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, como fuente de la responsabilidad prevista en el artículo 216 de la norma adjetiva laboral, no obstante, cuando el trabajador o los afectados con el siniestro imputan al empleador el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección, la carga de la prueba queda en cabeza del empleador, quien puede liberarse de la culpa que se le enrostra, acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, prueba que conforme al artículo 1604 del C.C. incumbe al que ha debido emplearlo.

En el caso materia de estudio, al no haberse acreditado que la enfermedad de lumbalgia (discopatía lumbar) **es de origen laboral** ni siquiera se cumpliría con el primer elemento estructurante de la culpa patronal, ya que no se tiene certeza de si el hecho dañoso o enfermedad es de origen laboral o fue como ocurrencia del riesgo laboral al que probablemente estuvo expuesto, motivo más que suficiente para despachar de manera desfavorable este pedimento.

### **Acreencias laborales**

Considera la parte demandante que la entidad encartada le debe reconocer la indemnización por despido sin justa causa; sin embargo, es la misma parte demandante quien a folio 25 y 26 allega la liquidación final de prestaciones sociales de fecha 01 de febrero de 2012, en la que se observa que se le reconoció el valor de \$6.446.095 como indemnización por despido sin justa causa, y reporta la empresa todos los pagos realizados desde la vigencia de la relación laboral hasta su finalización (Fols. 114 a 132), con lo cual tampoco hay lugar a condena por este concepto.

Igualmente, frente a los conceptos de vacaciones, cesantías, intereses, y primas de servicios, de la misma documental aportada se observa el pago de tales conceptos, siendo que en la demanda se afirma que nunca se reconocieron, cuando de la prueba aportada por la parte demandada se arriba a conclusión diferente, y por ende, no queda más camino que impartir absolución de tales pretensiones.

Respecto al suministro de dotaciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL-5754-2014, ha delineado que: *"de cara al incumplimiento de esta obligación por parte del empleador lo que se configura es el derecho a solicitar una indemnización por perjuicios que deben ser probados por quien los alega".*

En el sub examine solo de manera genérica se solicita tal reconocimiento, sin que se encuentre demostrado algún perjuicio ante la omisión de habersele otorgado aquella dotación.

Finalmente, en cuanto a la indemnización moratoria, por sustracción de materia, ante la improsperidad de las pretensiones referidas al reconocimiento y pago de alguna acreencia laboral, es decir, sin que exista emolumento alguno que deba la demandada por concepto de salarios y prestaciones, lo que corresponde es impartir absolución al respecto.

Colofón de todo lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado en su integridad.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia, dado que se revisó la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de agosto del 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



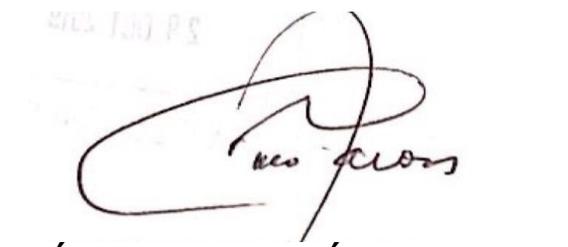
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

<sup>1</sup> CSJ SL 22 de abr. de 1998, rad. No. 10.400: «El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada. De otra parte no está previsto el mecanismo de la compensación en dinero y, antes por el contrario, el legislador lo prohibió en forma expresa y terminante en el artículo 234 del Código Sustantivo.

No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar».



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ANABEL MORALES PADILLA.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-027-2019-00428-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

**AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** ANABEL MORALES PADILLA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS; que en consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de los traslados efectuados dentro del RAIS; que se ordene a la AFP Protección S.A. a retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado; que se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPMPD y mantenerla como afiliada desde el 24 de septiembre de 1984 sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y finalmente que se condene a lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 24 de febrero de 1964; que desde el 24 de septiembre de 1984 estuvo afiliada al ISS y hasta 1996 acumuló 58.43 semanas; que para 1995 un asesor de la AFP Colpatria le presentó un nuevo régimen pensional; que debido a las presiones ejercidas por la AFP fue inducida a error y engaño; que no le brindaron la información suficiente, clara y concisa; que para marzo de 1996 retorno al ISS; que para el 2006 un asesor de OLD MUTUAL S.A. le realizó el traslado a esta administradora confiando en lo dicho por el asesor; que para 2007 un asesor de la AFP Santander le ofreció mejores rendimientos y le prometió una mesada mínima de \$3.400.000 y en consecuencia realizó el traslado a esta administradora; que para 2012 retornó a la AFP Porvenir debido a que le prometieron una mesada de \$4.000.000; que en 2013 retorna a la AFP Protección; que el 18 de octubre de 2018 solicitó a la AFP Protección el retorno al RPMPD y esta contestó que

la afiliación se presume legal y solo puede ser desvirtuada por autoridad judicial competente; que el 10 de octubre de 2018 solicitó a Colpensiones el retorno al régimen y esta le fue negada, y finalmente que le resulta mucho más beneficiosa la mesada que recibiría en el RPMPD que la que recibiría en el RAIS. (fols. 4 a 26).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 125); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante; que las documentales se encuentran sujetas a derecho; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 100 de 1993; que se debe tener en cuenta el artículo 48 de la Constitución. Propuso como excepciones las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, finalmente la innominada o genérica. (Pag 1 a 40)(ZIP).

**3.2 AFP PORVENIR S.A.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que no está demostrado que haya existido error o vicio en el consentimiento por parte de la demandante; que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión voluntaria y libre de presiones o engaños; que las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones están definidas en su totalidad por la ley; que siempre se le garantizó el derecho al retracto; que la demandante está inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003. Rotuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, la genérica y, finalmente la de compensación. (fol. 287 a 311).

**3.3 AFP SKANDIA S.A.** Contestó la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la demandante no se encuentra vinculada con esta AFP; que la afiliación realizada con esta fue dentro del marco legal vigente para dicha data; que dicha afiliación es totalmente válida; que siempre ha actuado de buena fe. Como excepciones propuso las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y finalmente la genérica. (pag 251 a 269).

**3.4 AFP PROTECCIÓN S.A.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando para tal efecto que el acto de traslado es existente,

válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario se suscribió de forma libre y espontánea; que dicho acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato; que la forma en la que hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación; que un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica de un acto jurídico; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones propuso las que denominó buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, y finalmente, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.(fol. 224 a 237).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 04 de noviembre de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y sus posteriores traslados entre administradoras; condenó a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima; condenó a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima por el tiempo que estuvo afiliada en dichas entidades; condenó a Colpensiones a tener como válidamente afiliada a la demandante al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y a recibir las cotizaciones provenientes de las administradoras del RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas. Finalmente, condenó a la AFP Porvenir S.A. en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 1688 de 2019, 3464 de 2019, 4360 de 2019, 587 de 2021, 1217 de 2021, 1061 de 2021, 4934 de 2009 y 413 de 2018 señalando que la sanción a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado; que se invierte la carga probatoria, por lo que la AFP debe probar que brindó la asesoría de manera correcta; que las AFP deben brindar una información clara, eficaz y oportuna; que la AFP debía hacer una ilustración de condiciones de acceso, características, ventajas, desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes; que la firma y las consignaciones preimpresas en los formularios no son suficientes y a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que la demandante no recibió una información clara, cierta y oportuna; que no se obtuvo ninguna confesión frente al cumplimiento del deber de información; que los afiliados no debían buscar que se les diera la asesoría, pues esto es obligación de las AFP brindarla al momento inicial y no con posterioridad; que la AFP debe devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y comisiones junto con los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, rendimientos y bonos pensionales; que los traslados dentro del RAIS no tienen la virtualidad de subsanar la falta de información inicial y finalmente que la ineficacia no está sometida al término trienal de prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida por el a quo señalando para

tal efecto que el acto de traslado fue válido y tuvo efectos jurídicos; que la demandante efectuó aportes voluntarios y obligatorios al RAIS adquiriendo obligaciones; que se deben tener en cuentas las sentencias SL 4934 de 2020 y la SL 1061 de 2021 donde se indica que múltiples cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones se denominan como actos de relacionamiento lo cual permite suponer que la afiliada desea continuar en dicho régimen; que la demandante tenía la vocación de permanencia en el RAIS; que la decisión de declarar la ineficacia del traslado quebranta el principio de sostenibilidad financiera; que el afiliado no está exonerado del deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen; que no es posible trasladar perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto que no interviene en la decisión del afiliado al momento del traslado, y finalmente que en caso de ser confirmada la sentencia solicita se reintegre a Colpensiones la totalidad de cotizaciones de conformidad con las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia.

**5.2 AFP PROTECCIÓN** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a trasladar a Colpensiones los descuentos realizados por gastos de administración, señalando que este es un descuento que se encuentra válidamente autorizado por la ley 100 de 1993; que el descuento se realizó en su momento como contraprestación de una buena gestión de administración; que frente a los gastos de administración opera el fenómeno de la prescripción y finalmente que dichos gastos no financian directamente la prestación económica por vejez.

**5.2 AFP PORVENIR** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que no se valoró el consentimiento informado materializado en el formulario de afiliación; que dicho formulario y declaraciones vertidas cumplen con los requerimientos legales; que siempre se le garantizó el derecho al retracto y la demandante no hizo uso de él; que también en el régimen de prima media se destina un 3% a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia; que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez; que se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que el artículo 113 literal b) de la ley 100 de 1993 indica que los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, solo corresponden al saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, y finalmente que de ordenarse la devolución de estos gastos se debe ordenar a la demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados.

## **9. Alegatos de conclusión.**

**9.1 Demandante:** Peticiona que se confirme la sentencia de primer grado, ya que no se demostró por parte de la AFP el cumplimiento del deber de información.

**9.2 Porvenir S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las

restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

**9.3 Colpensiones:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora ANABEL MORALES PADILLA se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 29 de septiembre de 1984, con cotizaciones hasta el 31 de marzo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 38); que se trasladó a PORVENIR S.A. el 28 de marzo de 1996 (Fol. 29); que posteriormente, suscribió formulario con la AFP Skandia el 31 de octubre de 2006 (pág. 281); que luego, suscribió formulario de afiliación con la AFP Santander el 30 de octubre de 2007 (Fol 97); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. de fecha 10 de octubre de 2012 (fol 312); y que finalmente suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. el 24 de julio de 2013 (Fol 98), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Elo por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 28 de marzo de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros

que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A. incluyendo los recibidos por la AFP Santander, SKANDIA S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, lo que en efecto hizo la a quo, debiéndose impartir confirmación en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, De las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

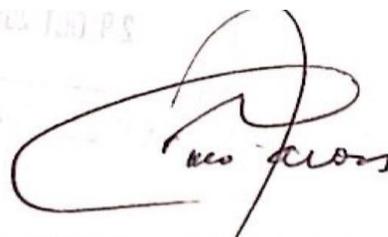
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

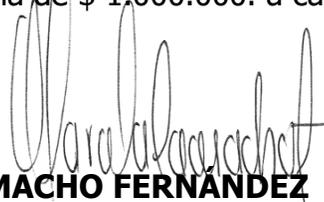


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.. y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000. a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LUZ MARINA RUEDA CAMACHO.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-027-2019-00411-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** LUZ MARINA RUEDA CAMACHO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPMPD al RAIS; que como consecuencia se ordene el retorno de la demandante al RPMPD; que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que se declare y reconozca a favor de la demandante cualquier otro derecho distinto al pretendido en la demanda, siempre y cuando se halle demostrado dentro del proceso; que se condene en costas a las demandadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 05 de agosto de 1965 y a la presentación de la demanda cuenta con 53 años; que empezó a realizar sus aportes de pensión en noviembre de 1987 al RPMPD; que en diciembre de 1996 se trasladó de régimen hacia la AFP Colfondos S.A.; que no se le brindó ningún tipo de asesoría; que Colfondos no le hizo ninguna advertencia para que se pudiese trasladar nuevamente a Colpensiones; que el 29 de abril de 2019 la demandante solicitó a Colpensiones el traslado de régimen y este fue negado, Finalmente, que el 29 de abril de 2019 radicó ante Colfondos S.A. una solicitud de información y aclaración de incógnitas sobre el traslado de administradora y esta no dio una respuesta concreta frente a las preguntas realizadas. (fols. 3 a 17).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 39 a 40); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Contestó la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que no se observa dentro del expediente prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que está en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante; que no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010. Como excepciones propuso las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 83 a 100).

**3.2 AFP COLFONDOS S.A.** Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que esta sí brindó la información suficiente a la demandante brindándole una asesoría integral; que dicho acto jurídico de traslado nació a la vida jurídica y se ratifica por los actos propios de la parte demandante; que la nulidad absoluta es aquella que se produce por un objeto o causa ilícita; que la demandante no especifica en qué consistió la acción fraudulenta de esta AFP; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que la información entregada a la demandante cumplió con todos los presupuestos de ley; que no existió ningún vicio del consentimiento; que los descuentos por prima previsional, renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal; que las pretensiones carecen de razones jurídicas y elementos probatorios que puedan sustentar dichas condenas. Como excepciones propuso las que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y finalmente que nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Fols. 111 a 119)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS; condenó a la AFP Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; condenó a Colpensiones a tener como válidamente afiliada a la demandante al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de Colfondos S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la AFP Colfondos S.A. en la suma de un millón de pesos como agencias en derecho.

La decisión del Juez tuvo sustento en la ley 797 de 2003; en el artículo 53 de la Constitución Política y las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4360 de 2019, SL1452 de 2019, SL1818 de 2021, SL4360 de 2019 y la SL4911 de 2019, señalando para tal efecto que la sanción a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado; que la carga probatoria se invierte a favor del afiliado, por lo que la AFP debe probar que suministró la información en debida forma; que la suscripción del formulario por sí solo no es suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información; que la simple firma y las declaraciones en el formulario no

son suficientes y a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que se debe garantizar una afiliación libre y voluntaria, que le permita al afiliado decidir por aquella opción que le resulta más beneficiosa para él; que no es necesario que sea beneficiario del régimen de transición o que tenga un derecho consolidado para solicitar la ineficacia; que no se obtuvo confesión de que la demandante hubiera recibido una información clara, pertinente y oportuna al momento del traslado; que la AFP Colfondos no probó el cumplimiento del deber de información; que no se está pidiendo a la AFP un documento adicional al formulario dado que para dicha data no era obligatorio documentar la asesoría brindada, sin embargo, existen otros medios de prueba para determinar que se cumplió con el deber de información; que no se puede decir que el afiliado fue negligente al no buscar asesoría, ya que el deber de información recae en la AFP y no en el afiliado; que no es posible ser saneado el vicio inicial; que la AFP debe devolver todos los recursos acumulados, cuotas de administración, comisiones y aportes asumidos de su propio patrimonio, dineros de la cuenta de ahorro individual, frutos e intereses sin deducción por gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades. Finalmente, que no es posible dar aplicación al término trienal de prescripción dada su conexidad con la construcción de un derecho pensional.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES.**: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia parcialmente teniendo en cuenta la prohibición legal al momento de solicitud de retorno de la demandante al RPMPD; que dentro del expediente no obra prueba alguna que se esté en presencia de un vicio del consentimiento; que frente a un error de un punto de derecho no tiene fuerza legal para darse la ineficacia jurídica; que existió una ratificación expresa o tácita conforme lo estipula el artículo 1754 del Código Civil; que la demandante ha consentido los descuentos realizados por Colfondos S.A.; que el Decreto 663 de 1993 sólo se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 por lo cual los fondos solo cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento del afiliado respecto al traslado; que el imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, constituye una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica; por último, que la demandante no estaba exonerada de informarse sobre el traslado y escogencia de su régimen pensional de la cual dependían sus expectativas económicas.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**7.1 Colpensiones:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

**7.2 Demandante:** Peticiona que se confirme la decisión de instancia, ya que no se cumplió con el deber de información, además que se debe tener en cuenta la sentencia STP12082 del 2019, en la que la Corte reitera su posición respecto de la ineficacia del traslado.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora LUZ MARINA RUEDA CAMACHO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 04 de noviembre de 1987, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (Pág 1)(ZIP) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP COLFONDOS con fecha 09 de diciembre de 1996 (Fol 34), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria, además

de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivocan las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y comisiones y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una

consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de noviembre del 2021, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** MARTHA PATRICIA GRACIA GALVEZ.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-002-2019-00384-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. VIVIANA MORENO ALVARADO, identificado en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** MARTHA PATRICIA GRACIA GALVEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS; que se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiera trasladado de régimen; que se ordene a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos, gastos de administración o cualquier otro debiéndolos asumir de su propio patrimonio; que se condene a Porvenir S.A. que en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de esta, se siga pagando hasta tanto sea trasladada por el fondo a Colpensiones; que se condenen a las demandadas al pago de costas incluidas las agencias en derecho y, lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 29 de diciembre de 1986; que se trasladó de régimen para el 29 de enero de 1998; que el promotor de la AFP Porvenir S.A. se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta al momento del traslado y mucho menos se le realizaron proyecciones pensionales; que solicitó a la AFP Porvenir S.A. se le entregara copia de los documentos que sirvieron de base para tomar la decisión de traslado y esta no le entregó ningún documento; que solicitó a Colpensiones la anulación del traslado y le fue negada. Finalmente, que solicitó a Porvenir S.A. anulara su traslado y esta fue negada (fols. 2 a 36) (ED ZIP 01).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue

notificada en debida forma (fol. 284) (ED ZIP 01), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando para tal efecto que dentro del expediente no obra prueba alguna de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia ninguna nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante; que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición de la ley 797 de 2003; que Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión de la demandante; que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal; que se debe tener en cuenta el principio de consonancia. Como excepciones de mérito propuso las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 291 a 308)(ED ZIP 01).

**3.3 PORVENIR S.A.** Contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que la vinculación de la demandante con esta AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños; que ambos regímenes pensionales se encuentran definidos y establecidos por la ley; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003; que no se alegan ni acreditan conductas dolosas que atentaran contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social; que esta no se encuentra en la obligación de trasladar sumas de dinero que se hubiesen causado como consecuencia de los aportes, cotizaciones y bonos pensionales; que no se encuentran en la obligación de trasladar los gastos de administración ya que fueron causados en el transcurso del tiempo; que también en el RPMPD se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y finalmente la genérica. (fols. 335 a 360).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 03 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; condenó a Porvenir S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que hubiese causado y gastos de administración sin descuento alguno; ordenó a Colpensiones a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación al RPMPD, por lo que deberá incluirla en las bases de datos y sistemas de información para obtener la pensión; declaró no probadas las excepciones propuestas y finalmente condenó en costas a Porvenir S.A., fijando como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13 literal b, 271 y 272 de la ley 100 de 1993; el artículo 97 numeral 1 del decreto 663 de 1993; artículo 3 de la ley 1228 de 1998; decreto 2241 de 2010; ley 1748 de 2014; artículo 3 del decreto 2071 de 2015; circular externa 016 de 2016 y las sentencias SL 2518 de 2021, SL3034 de 2021,

SL19444 de 2017, SL31989 de 2008, SL1689 de 2019 y la SL 421 de 2021 señalando para tal efecto que el deber de información ha tenido varias etapas y en la primera de ellas correspondía a la ilustración, condiciones de acceso, ventajas y riesgos, la eventual pérdida de beneficios pensionales; que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente para dar por demostrado el deber de información; que ante la omisión del deber de información el afiliado puede solicitar la declaratoria de ineficacia de dicho acto; que la AFP tiene el deber de tener un consentimiento libre e informado y eso se da cuando el afiliado conoce los riesgos, ventajas y desventajas de su decisión; que la afiliación no se convalida con los traslados al interior del mismo RAIS; que la AFP debe devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, frutos e intereses a Colpensiones; que Colpensiones no sufre ningún detrimento financiero; que del interrogatorio de parte no se extrae ninguna confesión; que los actos de relacionamiento no consisten en un cambio de jurisprudencia o de criterio jurisprudencial; que la AFP Porvenir omitió el deber de información al momento de traslado y que la solicitud de declaratoria de ineficacia no está sujeta al término prescriptivo.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente solicita se revoque la decisión señalando para tal efecto que hubo una indebida valoración probatoria dado que la valoración de las pruebas allegadas en su conjunto, junto con la confesión y los indicios indican que la demandante tenía la voluntad de permanecer en el RAIS; que frente a la carga de la prueba, existe un contrato bilateral; que existió silencio del consumidor financiero; que existió una aceptación tácita; que existen comportamientos que no fueron valorados; que la demandante se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal; que la actora no es un afiliado lego; que la demandante tiene obligaciones por ser consumidora financiera; que se está generando una descapitalización del sistema; que en sentencias como la C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 se ha indicado que nadie puede resultar subsidiado a costo de los recursos ahorrados por otros afiliados. En definitiva, solicita que sea absuelta y no sea condenada en costas en consideración a que es un tercero de buena fe.

**5.2 PORVENIR S.A.:** En la oportunidad procesal pertinente solicita se revoque en su totalidad el fallo proferido por el a quo señalando para tal efecto que no puede aplicarse de manera indiscriminada el precedente jurisprudencial que obliga a las AFP a allegar pruebas adicionales donde conste la información brindada a la parte actora; que no se pueden establecer obligaciones que legalmente no eran exigibles para la época del traslado; que el dejar documentos adicionales al formulario donde consta la información brindada al potencial afiliado sólo surge en virtud de la ley 1748 de 2014; que de conformidad con las sentencias SL 3752 de 2020 y SL 061 de 2021 a través de los actos de relacionamiento se constata su deseo inequívoco y su vocación de permanencia en el RAIS; que no hizo uso de su oportunidad de retorno a Colpensiones; que en caso de confirmar la declaratoria de ineficacia, se absuelva de la devolución de las comisiones de administración ya que este concepto está autorizado por la ley; que la devolución de estos dineros es una configuración de un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que la SIF ha indicado que en caso de producirse un traslado por nulidad o ineficacia sólo debe hacerse la devolución de las cotizaciones junto con los rendimientos, sin lugar a la devolución de sumas adicionales.

**7. Alegatos de conclusión:**

**7.1 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

**7.2 COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

**7.3 DEMANDANTE:** Solicita que se confirme en su integridad la decisión de instancia, ya que la AFP del RAIS no cumplió con la carga de la prueba de informar a la demandante al momento del traslado.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al

momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibidem*, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 por lo que habrá de confirmarse la declaratoria de ineficacia.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora MARTHA PATRICIA GRACIA GALVEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 29 de diciembre de 1986, con cotizaciones hasta el 04 de febrero de 1987, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 49)(ZIP); que posteriormente cotizó a CAJANAL tal como aparece en la historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fol 73)(ZIP); y luego, nuevamente entre el 01 de julio de 1997 al 04 de marzo de 1998 cotizó al otrora ISS, hoy Colpensiones, conforme la historia laboral expedida por Colpensiones (Fol 49)(ZIP); que suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR el 29 de enero de 1998 (Fol 75) , donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en

el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la accionante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos

establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a las AFP respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*"; tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros

que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de comisiones y, por ende, habrá de adicionarse a la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado

estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

## **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

## **DECISIÓN**

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de noviembre del 2021, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

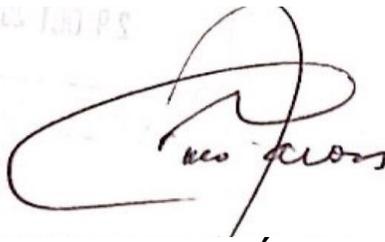
**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman  
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

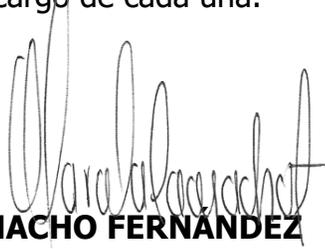
MULTI P.S.  


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** EDNA CECILIA MONTOYA RAMIREZ.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-002-2019-00595-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. ADRIANA ESPITIA GARCIA, y NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** EDNA CECILIA MONTOYA RAMIREZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare que la AFP Porvenir S.A. incumplió con su deber legal de información; que en consecuencia se declare nula e ineficaz la afiliación al RAIS; que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; que se condene a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en este régimen; que se condene a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensiones; que se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita y finalmente que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 28 de mayo de 1967; que inicio sus aportes al RPMPD desde 1986; que se trasladó con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. y esta no le brindó la información suficiente, clara y necesaria; que el ISS no adelantó ninguna gestión para brindarle asesoría frente al traslado de régimen; que presentó petición el 28 de abril de 2019 ante la AFP Porvenir para que se procediera con la nulidad del traslado y se le indicó que no era procedente; que solicitó a Colpensiones se procediera con su afiliación, pero le fue negada. (fols. 2 a 11)(ED 01)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (pág. 3)( ED 02); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando para tal efecto que dentro del expediente no obra prueba alguna de que se hubiese hecho incurrir en error a la demandante o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la actora; que las documentales se encuentran sujetas a derecho; que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que la vinculación al RAIS se dio bajo todos los requisitos legales establecidos; que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal; que nada tuvo que ver con la decisión que tomó la demandante. Como excepciones propuso las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y finalmente la innominada o genérica. (Pág 2 a 28)(ED 02).

**3.2 PORVENIR S.A.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la afiliación de la demandante al RAIS es válida ya que la suscripción del formulario de afiliación fue de manera libre, espontánea y sin presiones; que le compete a la demandante acreditar los supuestos en los que funda las pretensiones; que no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo; que la demandante recibió la información necesaria de conformidad con el decreto 663 de 1993; que se pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba vigente; que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen nace solo a partir del inciso 4 del artículo 3 del decreto 2071 de 2015; que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las AFP en relación con el traslado de régimen; que al no haber fundamento de las pretensiones de la demanda esta deberá ser absuelta; como excepciones propuso las que denominó prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y finalmente buena fe. (pág. 3 a 30)(ED 05).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 25 de noviembre de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno; ordenó a Colpensiones a aceptar dichos valores y a tener como válida la afiliación en el RPMPD; declaró no probadas las excepciones propuestas y finalmente condenó en costas a la AFP Porvenir S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la ley 100 de 1993; el artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; el Decreto 2241 de 2010; ley 1748 de 2014; artículo 3 del Decreto 2071 de 2015; la Circular Externa 016 de 2016; las sentencias SL 3034 de 2021, SL19447 de 2017, SL4811 de 2020 y la SL 4421

de 2021, señalando para tal efecto que el deber de información está conformado por etapas que correspondía para esa época la ilustración de ambos regímenes, condiciones de acceso, ventajas y riesgos, la eventual pérdida de beneficios pensionales o el ser beneficiario del régimen de transición; que en el campo de la seguridad social existe un deber de obtener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un servicio comprende las condiciones, riesgos y beneficios; que el consentimiento vertido en el formulario es insuficiente para demostrar el deber de información; que ante la omisión del deber de información el afiliado puede solicitar la declaratoria de ineficacia de dicho acto; que la carga de la prueba recae sobre la AFP; que el formulario de afiliación acredita el consentimiento sin vicios pero no un consentimiento informado; que la falta de información inicial no se convalida con los diferentes traslados en el RAIS; que no es necesario que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición; que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento; que no se puede establecer que la AFP le hubiese brindado la información suficiente a la demandante; que la AFP Porvenir S.A. debe devolver a Colpensiones dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, rendimientos financieros y gastos de administración sin lugar a descuento alguno, y finalmente que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia del traslado no es afectado por el fenómeno de la prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación contra la sentencia, señalando que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia teniendo en cuenta que la demandante contaba con plena capacidad para realizar el acto jurídico; que firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación con la AFP Colpatria; que los asesores comerciales se encontraban debidamente capacitados para brindar la información necesaria al momento del traslado; que la demandante no se preocupó sino 20 años más tarde de su mesada pensional y finalmente que la demandante no se acercó a las instalaciones u oficinas de Colpensiones para obtener información pese a que el ISS se transformó.

**5.2 PORVENIR S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación para que sea revocada la decisión del a quo en todas las condenas proferidas en su contra, señalando para tal efecto que para la época en la que se realizó el traslado no existía una normatividad que explicara y ordenara de manera precisa qué tipo de información exactamente debía impartir a sus potenciales afiliados; que de conformidad con los Decretos 656 de 1994 y 692 de 1994 no existía una prueba adicional al formulario de afiliación que suscribió la demandante; que se realizó un interpretación más allá de lo establecido; que en el presente caso no se dio aplicación al artículo 271 de la ley 100 de 1993 puesto que no se dio ninguna investigación en sede administrativa; que la asesoría que recibió fue de manera verbal; que no era posible determinar cuál sería el monto de la prestación de vejez; que de conformidad con la sentencia SL 4806 de 2020 no se acredita cuál fue esa situación pensional que se llegó a afectar con ese traslado; que no se cumplieron los presupuestos fácticos que apoyan la conclusión de la declaratoria de ineficacia; que los gastos de administración, las sumas de primas de seguros previsionales es un descuento autorizado por el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y finalmente que se configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

**7. Alegatos de conclusión:**

**7.1 COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

**7.2 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia relativo a la ineficacia, no se ordene el traslado de gastos de administración ni comisiones, ya que son dineros que no se encuentran en la AFP, además que durante la vigencia de la afiliación cumplieron su finalidad.

**7.3 DEMANDANTE:** Solicita que se confirme la decisión de primer grado, ya que el fondo privado no aportó ningún medio probatorio que sirva de fundamento respecto al cumplimiento del deber de información.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad y la ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 íbidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del

consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y por ende habrá de confirmarse la declaratoria de ineficacia.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora EDNA CECILIA MONTOYA RAMIREZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 26 de junio de 1986, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 21 - 22)(ED 01) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. con fecha del 02 de agosto de 1999 (Fol 20)(ED 01), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado

podiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o

aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de comisiones y, por ende, habrá de adicionarse a la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: ".../as <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia a favor de la actora y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** GERMAN RAMIREZ CARDONA.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. Y COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-019-2019-00502-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** GERMAN RAMIREZ CARDONA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y en consecuencia los traslados posteriores también se declaren nulos; que se declare que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD; que se condene a la AFP Old mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos y sumas adicionales a las que haya lugar; que se condene a Colpensiones a activar la afiliación del accionante además de actualizar su historia laboral; que se condene a lo ultra y extra petita, y finalmente que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 29 de noviembre de 1958; que cotizó al ISS desde el 18 de octubre de 1989; que para julio de 1995 se trasladó de régimen con la AFP Protección y que dicha entidad no le brindó la información suficiente y necesaria para tomar una decisión; que para 1999 se trasladó a la AFP Porvenir y esta no le brindó la información suficiente y necesaria; que para octubre de 1999 se trasladó a la AFP Skandia y tampoco se le brindó información; que en enero de 2008 se trasladó a la AFP Colfondos, sin que mediara información sobre las implicaciones del traslado. Finalmente, que agotó la reclamación administrativa. (fols. 4 a 21).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún

pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación oponiéndose a todas las pretensiones manifestando para tal efecto que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que la norma pretende evitar la descapitalización del fondo común; que permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones resulta contrario al principio de eficiencia pensional; que la norma autoriza a que el formulario de afiliación contenga las leyendas preimpresas; que su afiliación al RAIS es totalmente válida dado que no se presentaron vicios en el consentimiento; que no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información; que era deber de la parte actora verificar la conveniencia o no de su traslado; que el traslado era permitido bajo todo fundamento legal; que en las restituciones mutuas que hayan de hacerse será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica. (Fols. 146 a 162).

**3.2 AFP OLD MUTUAL S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda presentando oposición a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que el traslado efectuado por el demandante con esta AFP es un acto válido en la medida que ésta cumplió con el deber de ofrecer asesoría integral y completa; que el acto de traslado se dio de manera informada, libre, espontánea y sin presiones como lo hace constar la imposición de su firma; que no es suficiente con citar o invocar vicios del consentimiento, sino que es necesario explicar y probar en qué consistía cada uno de ellos y a quien es atribuible. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica. (Fols. 193 a 203)

**3.3 PROTECCIÓN S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda presentando oposición a la totalidad de las pretensiones, señalando que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario de vinculación se realizó de manera libre y espontánea; que el acto jurídico celebrado entre el demandante y ésta AFP cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez no genera que la afiliación sea ineficaz y/o nula; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica. (Fols 253 a 264)

**3.4 PORVENIR S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda presentado oposición a todas las pretensiones con fundamento en que la afiliación del demandante con esta AFP fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños; que el formulario de afiliación debe presumirse auténtico; que al estar las condiciones establecidas en la ley de cada uno de los regímenes no le es posible a las partes pactar cosas diferentes; que siempre le garantizó el derecho de retracto; que Porvenir S.A. publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse; que el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003.

Como excepciones propuso las que denominó prescripción, Buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fols. 311 a 334).

**3.5 AFP COLFONDOS S.A.** Dentro de la oportunidad contestó la demanda presentando oposición a la totalidad de las pretensiones con sustento en que la afiliación efectuada por el demandante se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el régimen pensional; que Colfondos por medio de sus asesores comerciales brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen; que la vinculación del demandante con el RAIS se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos; que dicho acto jurídico fue completamente válido, eficaz y exento de vicios del consentimiento, por lo que no se puede predicar ninguna causal de nulidad del negocio jurídico; que sus actuaciones se han ajustado a los presupuestos legales y ha actuado de buena fe. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica. (Fols. 285 a 296)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 03 de diciembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS; declaró válidamente afiliado al demandante al RPMPD como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; condenó a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros incluyendo intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y finalmente no condenó en costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13, 271, y 272 de la ley 100 de 1993; artículo 21 de la ley 797 de 2003; artículo 97 No 1 del Decreto 663 de 1993; el Decreto 2241 de 2010; la ley 1748 de 2014; artículo 3 del Decreto 2071 de 2015; Circular externa 016 de 2016 y las sentencias SL 87777 de 2021, SL88000 de 2021, SL54814 de 2018, SL989 de 2008, SL83083 de 2011, SL1421 de 2019, SL3937 de 2018, SL8544 de 2016 y la SL 85555 de 2021, señalando para tal efecto que no obra soporte de la información que se le brindó al demandante; que del interrogatorio de parte no se puede evidenciar que se haya brindado la información suficiente sobre la manera en la que se iba a pensionar; que la AFP debe garantizar una decisión que sea libre y voluntaria con la entrega de la información suficiente, implicando una comparación de cada uno de los regímenes que están vigentes, para que el potencial afiliado conozca como es el manejo público y privado; que opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado; que los fondos no cumplieron con el deber de entregar una información veraz y suficiente para que el demandante pudiera tomar una decisión de afiliación; que desde su fundación las AFP tenían la obligación de asistir a los afiliados entregándoles la información suficiente y transparente; que las pruebas aportadas son escasas; que se ordena a la AFP Skandia devolver los aportes, rendimientos, interés sin descuento de gastos de administración debidamente indexadas y finalmente que no es posible aplicar el fenómeno de la prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que para la época en la que se suscribió el formulario de afiliación de conformidad con la normatividad aplicable era la ley 100 de 1993; que la aceptación espontánea, libre y expresa se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación; que la obligación de brindar una doble asesoría nace a partir de la ley 1748 de 2017 y el Decreto 2071 de 2015; que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento de traslado; que el principio de legalidad y el debido proceso no asisten solamente a las posibilidades de defensa sino que exige también el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga; que Colpensiones es un tercero en este asunto; que los actos jurídicos tienen solamente efectos inter partes y por ende las consecuencias solo deben repercutir a las partes involucradas; que el demandante ha permanecido en el RAIS por más de 26 años; que Colpensiones resultaría lesionada con la decisión; que el demandante está inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003; que de confirmarse la decisión del a quo se mantenga la condena impuesta a la AFP para que reintegra la totalidad de las cotizaciones, rendimientos, comisiones, bonos pensionales, cuotas de administración y mermas en la cuantía individual y finalmente solicita se adicione a la sentencia la condición a la AFP del cumplimiento y reintegro de los recursos.

**5.2 SKANDIA S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó recurso de apelación de manera parcial frente a la devolución de los dineros descontados por concepto de cuotas o gastos de administración señalando que en ambos regímenes se autoriza y faculta a las entidades para realizar el descuento de los gastos de administración de las primas de seguro; que se debe realizar un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas; que Skandia ha actuado de buena fe; que la comisión de administración está direccionada a retribuir todas las actividades que desarrollan las instituciones; que las comisiones de administración no están destinadas a financiar la pensión de vejez; que de ordenar la devolución de dichas sumas se configuraría un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido a favor de Colpensiones; que es incompatible ordenar la indexación de las sumas a retornar puesto que está ya ha generado unos rendimientos que fueron abonados directamente a la cuenta de ahorro individual de la demandante y finalmente solicita se revoque la sentencia en ese punto concreto.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

**COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

**DEMANDANTE:** Solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que no se brindó la asesoría exigida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y SKANDIA S.A., se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor GERMAN RAMIREZ CARDONA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 18 de octubre de 1989, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES

(fol. 23); que el 01 de julio de 1995 se trasladó a la AFP Protección S.A. conforme el SIAFP (Fol 266); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir con fecha del 16 de marzo de 1999 (Fol 409); que realizó traslado a Old mutual el 01 de enero de 2000 conforme el SIAFP (Fol 266); que realizó traslado a la AFP Colfondos el 01 de enero de 2008 conforme el SIAFP (FOL 266); que realizó traslado a Protección S.A. para el 01 de marzo de 2010 conforme SIAFP (Fol 266) y finalmente que suscribió formulario de afiliación con la AFP Skandia el 17 de noviembre de 2011 (FOL 201); , donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de

1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional, pues el hecho de que el actor sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar

costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de julio de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópic encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCION S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, si bien congloba los conceptos atrás delineados, solo lo hizo respecto de SKANDIA S.A., dejando por fuera de la condena a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A. y, por ende, habrá de adicionarse la condena con las demás AFP. Conceptos que deberán ser devueltos debidamente indexados como lo ordenó el a quo, pues en la misma línea de pensamiento lo ha venido pregonando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL1055-2022, en la que expresó:

*"Por tanto, se revocará la decisión del a quo y, en su lugar, se condenará (...) trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, **todos estos debidamente indexados**. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".*

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de*

*ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de diciembre del 2021, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP SKANDIA S.A., se extiende también a la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y la AFP COLFONDOS (durante la vigencia de la afiliación en cada AFP) para que todas trasladen, si aún no lo han realizado, todos los conceptos allí ordenados, debidamente indexados, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

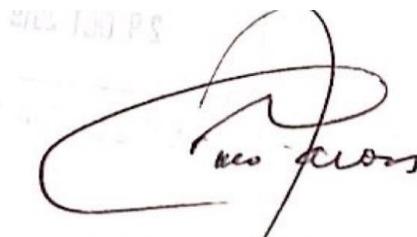
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

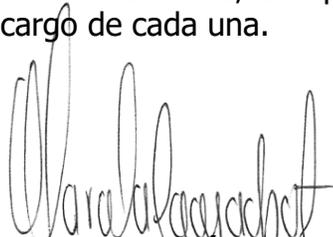


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ELVIA LUCERO MONSALVE ZAPATA.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-026-2021-00144-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** ELVIA LUCERO MONSALVE ZAPATA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A con el fin de que se declare la ineficacia del traslado efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS y en consecuencia se declare la ineficacia de los traslados posteriores dentro de esta última; que se ordene a la AFP Protección retornar a la demandante todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses junto con sus rendimientos y gastos de administración a Colpensiones; que se ordene a Colpensiones recibir a la demandante al RPMPD y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y finalmente que se condene a lo probado ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 24 de junio de 1966; que desde agosto de 1991 a 1996 estuvo afiliada al ISS; que su acercamiento inicial fue con la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. y esta no le brindó la información suficiente, haciéndola caer en engaño; que posteriormente se trasladó con la AFP Protección S.A y está tampoco le brindó la información suficiente y necesaria; que el 23 de diciembre de 2020 solicitó a la AFP Protección se declarara la ineficacia de la afiliación y esta fue negada; que el 02 de febrero de 2021 radicó petición ante la AFP Porvenir S.A. solicitando la ineficacia del traslado y esta fue negada. Finalmente, que el 07 de enero de 2021 radicó petición ante Colpensiones solicitando se declare la ineficacia del traslado y esta tuvo respuesta negativa. (Pàg 1 a 18)(ED 001).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (ED 010); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente dio contestación a la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que se evidencia que la presente es con el fin de tener beneficios económicos; que el traslado se ajusta a la ley 100 de 1993; que existe una ratificación tácita; que es un deber del afiliado estar pendiente de su estatus pensional; que la demandante se encuentra en la prohibición legal de trasladar pues le faltan 10 años o menos para pensionarse. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de afectación por protección judicial SL373 de 2021, perfeccionamiento por actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, la innominada o genérica y buena fe. (Pág 2 a 16)(ED 007).

**3.2 AFP PROTECCIÓN S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando para tal efecto que están frente a un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto de traslado se dio en forma libre y espontánea; que a través de la firma del formulario dio su señal de aceptación; que la forma en la que se liquide hoy la pensión de vejez en el RAIS no hace ineficaz y/o nula la afiliación; que la parte actora no puede pretender soportar las pretensiones en sus expectativas económicas; que se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003; que Protección S.A. no es poseedor de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual que administra; que no es posible aplicar el artículo 1746 del código civil; que el pago al fondo de pensión mínima se realiza mes a mes y son utilizados a favor de terceros. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica. (Pág 3 a 21)(ED 005)

**3.3 PORVENIR S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda presentando oposición a la totalidad de las pretensiones, con fundamento en que la afiliación con la AFP Horizonte se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños; que fue amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS; que la solicitud de vinculación debe presumirse auténtica; que se le garantizó el derecho al retracto; que el vicio del consentimiento se deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Pág 2 a 31)(ED 006).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 09 de diciembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a la AFP Porvenir S.A. transferir a Colpensiones los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual; condenó a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas

cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuesta y finalmente condenó en costas a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento en los artículos 1741, 1750, 1743 del Código Civil; artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 y la sentencia SL 121 de 2014 señalando para tal efecto que la AFP Privada debió poner en conocimiento de los riesgos y beneficios del cambio de régimen pensional; que la AFP es quien debe demostrar que cumplió con el deber de información; que el deber de información ha existido desde la expedición de la ley 100 de 1993; que la obligación del fondo se configura en ilustrar al afiliado de las condiciones, accesos, riesgos y ventajas de cada uno de los regímenes; que el consentimiento vertido en el formulario es insuficiente pues no se demuestra que este haya sido informado; que la AFP no le explicó bajo qué circunstancias podría salir pensionada o podría retirar su capital, teniendo en cuenta que son múltiples variables que se deben tener en cuenta y no le fueron explicadas; que no se logró acreditar que existieran actos de relacionamiento; que la AFP debe devolver aportes, rendimientos y sin descuento por gastos de administración; que la AFP Porvenir debe devolver los gastos de administración durante el tiempo de permanencia y finalmente que no es posible aplicar el fenómeno de la prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 PROTECCIÓN S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó recurso de apelación señalando que el efecto que se debe aplicar a estos casos no es más que la inexistencia del acto de afiliación y todo lo que como consecuencia de ello ha surgido a la vida jurídica; que no es posible afirmar que la afiliación es inexistente, y al tiempo decir que los rendimientos son existentes y deben devolverse; que solo es procedente devolver lo correspondiente a las cotizaciones sin devolver ninguna suma adicional; que se produciría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; que se genera un detrimento patrimonial frente a su representada y finalmente que los rendimientos superan significativamente lo que se descontó por conceptos adicionales.

**5.2 PORVENIR S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó recurso de apelación señalando para tal efecto que no procede la declaratoria de ineficacia teniendo en cuenta que la norma de manera expresa indica que para que proceda dicha pretensión deben existir actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador; que no se probó dolo por parte de esta AFP; que la demandante suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que el formulario de afiliación no es un simple formato y corresponde a lo que estaban obligadas para dicha época; que la demandante permitió que se realizaran descuentos con destino al RAIS por aproximadamente 25 años; que dicha línea jurisprudencial aplicada al caso se estudió y se profirió frente a personas que son beneficiarias del régimen de transición; que de conformidad con la sentencia SL 1452 de 2019 es necesario revisar si se produjo un perjuicio claro y cierto; que la demandante no presentó inconformidad con ninguna de las administradoras con las que se trasladó; que la demandante está inmersa en la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que la SIF ha indicado que los valores a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual; que los gastos de administración no entran a financiar la prestación de vejez; que el traslado lo realizó con la AFP Horizonte y no con la AFP Porvenir teniendo en cuenta que hubo una fusión entre ambas AFP para el año 2003; que debe condenarse también a Colpensiones por haber sido una parte vencida y finalmente solicita que se revoque la sentencia y en su lugar absuelva de todas las pretensiones.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

**COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

**DEMANDANTE.:** Solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que no se demostró la debida asesoría por parte de la AFP, además que las afiliaciones sucesivas no convalidan la falta de información.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima (iv) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿COLPENSIONES debe

aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora ELVIA LUCERO MONSALVE ZAPATA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 02 de agosto de 1991, con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (pág 39)(ED 001); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. con fecha del 07 de octubre de 1996 (pág 67)(ED 001) ; y finalmente que suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección con fecha de 04 de octubre de 1999 (Pág 54)(ED 001), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la

decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP demandadas sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier situación.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el subexamine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 07 de octubre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de ser beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí bien se hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., no congloba de manera expresa los conceptos de comisiones y/o sumas adicionales de la aseguradora, por ende, habrá de adicionarse a la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las

sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

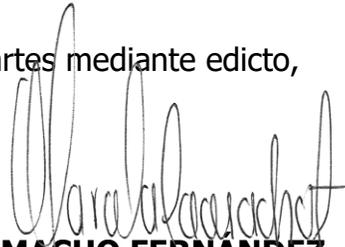
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de diciembre del 2021, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., Las de primera, se confirman.

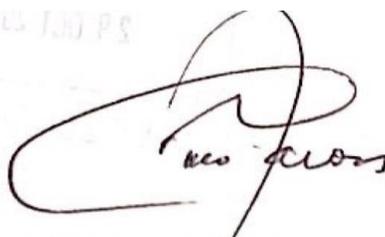
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** CLAUDIA PATRICIA TORRES CASTAÑO.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. YPORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-028-2019-00079-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** CLAUDIA PPATRICIA TORRES CASTAÑO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error la afiliación de la demandante con la AFP Protección S.A.; que como consecuencia se declare la nulidad o invalidez del formulario de afiliación suscrito por la demandante; que se declare para efectos pensionales continúa afiliada al RPMPD; que se declare que la AFP Porvenir S.A. realice la devolución de los aportes al RPMPD; que se condene a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme las facultades ultra y extra petita y finalmente que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 21 de febrero de 1970 y a la presentación de la demanda cuenta con 48 años; que estuvo afiliada al RPMPD desde el 14 de octubre de 1992 hasta febrero de 1995; que se trasladó de régimen para el 13 de febrero de 1995; que la demandante no recibió la información suficiente y necesaria para tomar dicha decisión de trasladarse y la entidad no desplegó ningún tipo de conducta para brindarle asesoramiento; que para septiembre de 2018 se trasladó a la AFP Porvenir; que el 12 de septiembre de 2018 presentó solicitud ante Porvenir S.A. para que se diera la anulación de la afiliación y esta fue negada; que el 21 de junio de 2018 solicitó ante Protección S.A. la anulación de la afiliación y esta fue negada; que el 12 de junio de 2018 presentó solicitud a Colpensiones para que se diera la nulidad de su afiliación y fue negada. (fols. 2 a 11).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 42); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún

pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones, señalando para tal efecto que el origen de la presente acción no es un vicio en el consentimiento sino la inconformidad de la demandante con la mesada pensional; que su actuar genera una sobrecarga al RPMPD. Como excepciones de mérito propuso las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 51 a 71).

**3.2 AFP PROTECCIÓN S.A.** Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el acto de traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y ello se encuentra corroborado con la firma del formulario de vinculación; que el acto jurídico de traslado cumplió con los requisitos de existencia y validez; que no se puede declarar la ineficacia del traslado con solo hacer alusión a las expectativas económicas de la pensión; que al haberse trasladado a otra AFP, tal entidad trasladó los aportes y rendimientos a la AFP PORVENIR S.A.. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado a PORVENIR, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica. (Fols. 90 a 108)

**3.3 PORVENIR S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que el traslado realizado por la demandante no se hizo en contra de la prohibición legal. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fols. 71 a 78).

**3.4 SKANDIA S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que las pretensiones están referidas al momento del traslado de régimen pensional, acto jurídico que se efectuó por una sola vez del cual no fue participe; que el traslado realizado por la demandante fue dentro del marco legal vigente para la fecha de la afiliación; que dicha afiliación goza de validez y se materializó bajo los lineamientos legales. Como excepciones propuso las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado por el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los presupuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante. Prescripción, buena fe y finalmente la genérica. (Pag 1 a 19)(ED02)

**3.5 COLFONDOS S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación de la demanda sin oposición a las pretensiones y sin formular excepciones de mérito. (pag 1 a 3) (ED 03)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 01 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPMPD; condenó a la AFP Porvenir S.A. 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 a Colpensiones; Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y finalmente condenó en costas a cargo de Colpensiones, Protección S.A, Skandia S.A. y Porvenir S.A., y sin costas a cargo de Colfondos.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 3464 de 2018, SL1689 de 2018, SL4360 de 2018, SL12136 de 2014, SL1421 de 2019, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL4875 de 2020, SL3149 de 2021, SL414 de 2021, SL4360 de 2019, SL31989 de 2008, SL4964 de 2018, SL4989 de 2018 y la SL3201 de 2018, señalando para tal efecto que el traslado se ve afectado cuando este no se realiza de manera informada; que le corresponde a la AFP Protección demostrar las circunstancias bajo las que se dio el traslado de régimen para que su consentimiento se pueda considerar informado; que no se logró acreditar que la AFP Davivir haya brindado la información suficiente y necesaria a la demandante; que el formulario acredita a lo sumo un consentimiento pero no informado; que no es necesario que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición; que no se puede acreditar que la demandante hubiese recibido una asesoría completa y finalmente que la AFP privada debe trasladar aportes, cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia del a quo señalando para tal efecto que los traslados horizontales dentro del RAIS reúnen los elementos propios de los actos de relacionamiento lo que permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen y presupone un conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen frente a beneficios y desventajas. Finalmente, solicita se tengan en cuenta las sentencias SL 3752 del 2020, SL1413 del 2018 y SL1061 del 2021.

**5.2 PORVENIR S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión de primera instancia señalando para tal efecto que se pudo evidenciar que la parte actora tuvo una comunicación directa con la asesora de Davivir; que la demandante manifestó que si recibió información importante pues una de las características diferenciadoras de uno u otro régimen es la manera anticipada de pensionarse; que solo en la actualidad se le puede dar una proyección pensional ya que con anterioridad no tenían conocimiento de las cotizaciones que realizaría la demandante; que la demandante manifestó que se le había puesto en conocimiento que podía ejercer su derecho de retracto; que la demandante manifestó que tenía conocimiento de cada uno de los regímenes; que sólo se tiene en cuenta la buena fe de la parte actora; que en el evento de que se llegase a confirmar la sentencia de instancia se absuelva del traslado de los gastos de administración y de los seguros de invalidez y sobrevivencia; que la ley 100 de 1993 permite que las AFP privadas y Colpensiones cobren y hagan deducción de esos gastos de administración; que al devolver estas sumas se está configurando un

enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; que se encuentran inmersos derechos de terceros; que está AFP ha realizado los descuentos para garantizarle el seguro de invalidez; que el formulario de traslado inicial ni los posteriores fueron tachados de falsos. En definitiva, pide que se absuelva a la AFP de todas y cada una de las condenas impuestas.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

**COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

**DEMANDANTE:** Peticiona que se confirme la decisión de instancia, ya que no se evidencia que el fondo privado haya suministrado la información requerida, sin que deba ser el demandante quien deba indagar sobre los efectos del cambio de régimen.

**SKANDIA S.A.:** Manifiesta que se debe confirmar la sentencia de primer grado.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii)

¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES CASTAÑO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 14 de octubre de 1992, con cotizaciones hasta el 06 de mayo de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 21); que suscribió formulario de afiliación con Davivir hoy Protección S.A con fecha de 13 de febrero de 1995 (fol 22); que posteriormente se trasladó a COLFONDOS el 01 de noviembre de 1999 (Pág. 5 Archivo No 03), luego el 1 de octubre de 2003 pasó de Colfondos a ING (Fol. 81), seguidamente, de ING a OLD MUTUAL S.A. el 01 de septiembre de 2008, con posterioridad el 1 de mayo de 2010 se trasladó a PORVENIR S.A., luego el 1 de abril de 2011 regresó a OLD MUTUAL S.A. y finalmente, el 1 de abril de 2012 regresó a PORVENIR S.A. (Fol 81), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le

perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación

Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesitura con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: “**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 13 de febrero de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. y SKANDIA (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, si bien la condena congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y comisiones, lo cierto es que, no se hizo extensiva la condena a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y SKANDIA S.A., y, por ende, habrá de adicionarse las demás AFP a la sentencia.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de

devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

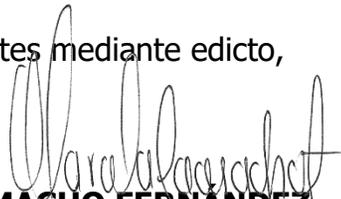
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de febrero del 2022, la **ORDEN** de que también la condena impuesta a la AFP PORVENIR S.A. se hace extensiva a la AFP PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y la AFP COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de vigencia de la afiliación en cada AFP), para que trasladen si aún no lo han realizado los conceptos ordenados en los referidos numerales, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

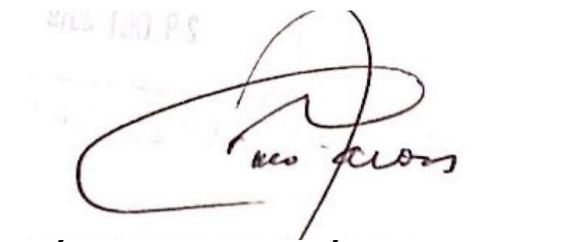
**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** HENRY HELIODORO SUAREZ CORREDOR.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-038-2020-00016-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** HENRY HELIODORO SUAREZ CORREDOR instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; que como consecuencia se ordene a la AFP Protección S.A. a trasladar al demandante junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos a Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad en el RPMPD; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y finalmente que se condene a lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 23 de junio de 1964 y cuenta con 55 años a la presentación de la demanda; que estuvo afiliado en pensiones al ISS desde el 30 de diciembre de 1986 hasta el 28 de febrero de 2003; que posteriormente se afilió a la AFP Santander, hoy Protección para el año 2003; que dicha AFP no le proporcionó la información suficiente y necesaria; que el 12 de noviembre de 2019 solicitó a la AFP Protección S.A. anular su afiliación al RAIS y está fue negada hasta tanto no hubiese una orden de autoridad competente; que le resulta más beneficiosa la mesada que recibiría en el RPMPD, y finalmente que el 06 de noviembre de 2019 solicitó a Colpensiones tenerlo como afiliado sin solución de continuidad y recibir el total del capital acumulado de la AFP Protección S.A., pero Colpensiones manifestó que no es procedente anular su afiliación. (fols. 1 a 9)(ZIP expediente físico).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 50)(Zip expediente físico); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación; que se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición; que el demandante también tenía obligaciones como consumidor financiero; que no hizo uso de su derecho a retractarse; que permaneció más de 19 años afiliado al RAIS. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica y finalmente no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Pág. 1 a 15)(ZIP contestación Col).

**3.2 AFP PROTECCIÓN S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda presentando oposición a la totalidad de las pretensiones, señalando para tal efecto que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto se realizó de manera libre y expresa; que el demandante no puede pretender la declaratoria de nulidad o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas; que no es posible afirmar que la manera en la que se liquide la pensión de vejez en el RAIS haga nula la afiliación; que esta AFP brindó la información debida y asesoría correcta; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Pág 1 a 21)(ZIP contestación )

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 14 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas la AFP Protección S.A y Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones; se releva del estudio de las excepciones propuesta y finalmente condena al pago de costas a cargo del demandante.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 112 de la ley 100 de 1993; la ley 797 de 2003 y las sentencias C 1024 de 2004, SL 3752 de 2020 y la SL 1463 de 2015 señalando para tal efecto que no existió irregularidad en el traslado del demandante, ya que no está dentro de las causales para que su afiliación no fuese tenida en cuenta; que debe de acreditarse el despliegue de maniobras fraudulentas; que para el momento del traslado estaba recién expedida la ley 797 de 2003 y está dio liquidación al ISS y creó una nueva que fue Colpensiones, quien asumió la carga administrativa; que la ley 797 de 2003 modificó la movilidad entre regímenes de pensiones; que un error de derecho no vicia el consentimiento; que los pronunciamientos jurisprudenciales no se pueden aplicar de manera irreflexiva y automática a todos los casos de ineficacias; que no puede operar una ineficacia de pleno derecho; que el demandante ya tiene una situación pensional consolidada, lo que hace imposible trasladar al demandante de un régimen a otro; que no se puede evidenciar que se esté frente a una situación que le impida al demandante acceder al cubrimiento por vejez; que al firmarse el formulario de afiliación da lugar a considerar que hubo información; que de su comportamiento se desprende que el demandante quería permanecer en el RAIS, siendo un reflejo de la realidad que aparece en el formulario y finalmente señala que

el demandante no mostró inconformidad respecto del régimen, ni interés en retornar al RPMPD durante el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por el **DEMANDANTE**, quien solicitó que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, señalando para tal efecto que si bien las AFP no pueden rechazar o desincentivar afiliaciones, esto no las exonera de cumplir con el deber de información; que la información debía contener como mínimo la ilustración de las características, las condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes; que lo reclamado en esta oportunidad es la falta al deber de brindar información al demandante por parte de la AFP privada; que el a quo desconoce abiertamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; que el presente caso debe abordarse desde la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades; que resulta equivocado exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento de conformidad con la sentencia SL1688 de 2019; que realizar el estudio de la existencia de vicios en el consentimiento ya no se encuentra vigente, centrándose el estudio al deber de información por parte de las AFP; que se debió tener en cuenta las sentencias SL3706 del 2021 y la SL4609 de 2021, donde se indica que se debe acatar el precedente jurisprudencial; que el deber del juez es desplegar una carga argumentativa suficiente para apartarse del precedente jurisprudencial; que el engaño no solo se produce con lo que se afirma sino en los silencios que guarda el promotor de la AFP; que el desconocimiento de la norma conduce a una inversión de la carga de la prueba para el demandante; que el traslado horizontal del demandante no significa que el demandante tenga la información suficiente y comprenda cada uno de los regímenes y finalmente que los actos de relacionamiento no exoneran a las AFP de brindar información suficiente, veraz y oportuna al afiliado.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**COLPENSIONES.:** Solicita que se confirme la decisión absolutoria, ya que no se demuestra la existencia de ineficacia en el traslado de régimen, además que los afiliados también tienen deberes respecto a su situación pensional.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

## **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad y/o la ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor HENRY HELIODORO SUAREZ CORREDOR, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 30 de diciembre de 1986, con cotizaciones hasta el 28 de febrero de 2003, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (pág 1 a 2)(ZIP contestación); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Santander, hoy Protección S.A. para el 04 de febrero de 2003 (Pág 23)(ZIP CONTESTACIÓN) y, que posteriormente suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. con fecha del 27 de febrero de 2003 (Pág 22)(ZIP contestación), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

## **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales

derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2003- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C., siendo que en el caso concreto solo se arrimó copia del formulario de vinculación, el cual, a lo sumo acredita el consentimiento, pero no informado como lo exige inveteradamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, obligaciones que no aparecen acreditadas por la AFP, pues su defensa solo lo es la suscripción del formulario de vinculación.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura del a quo al considerar que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, de

tal manera que se accederá a la petición de la parte demandante en este punto, pues la AFP no allega ninguna probatura que acredite el cumplimiento del deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales en su defensa que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información,

incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, como lo consideró el a quo en el caso por el que se procede, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

*"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno".*

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en esta AFP), con destino a COLPENSIONES,

debidamente indexados, por así disponerlo entre otras en la sentencia SL1055-2022, y así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no exonera a la AFP privada de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A y COLPENSIONES, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se revocan, y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las entidades demandadas de las súplicas de la demanda, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó el señor HENRY HELIODORO SUAREZ CORREDOR, a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCION S.A., lo que conlleva dejar sin efectos el posterior traslado realizado a PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, retorne al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, la

cual deberá recibir al demandante sin solución de continuidad en su afiliación, de conformidad con las consideraciones expuestas en este sentencia.

**SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A.** (durante el tiempo de permanencia del actor en esa AFP) que traslade hacia COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, frutos e intereses; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados.

**TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A., así como a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.

**QUINTO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PROTECCION S.A y COLPENSIONES. De las de primera, se revocan y correrán solo a cargo de las demandadas. Tásense.

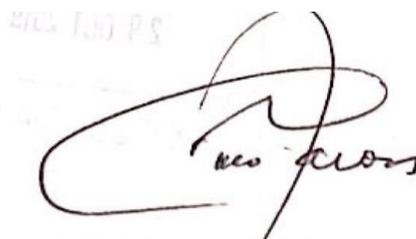
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** HECTOR JAIME AYARZA BASTIDAS.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-014-2019-00485-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALEJANDRA CARDONA ZULUAGA, identificada en legal forma, como apoderada de PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** HECTOR JAIME AYARZA BASTIDAS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS; que se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante; que se ordene a Colpensiones la aceptación del demandante al RPMPD y finalmente que se condene en costas a los demandados.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 23 de noviembre de 1956; que se vinculó al RPMPD el 22 de marzo de 1988; que al momento del traslado contaba con 44 años y finalmente que la AFP no le brindó la información suficiente y necesaria al momento del traslado. (fols. 27 a 35 )(sub fol 70).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 175); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones.

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS; que al momento del traslado no se encontraba inmerso en las causales de prohibición; que dicho traslado obedeció a una decisión libre y voluntaria. Como excepciones de mérito propuso las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir

un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 180 a 188).

**3.2 AFP PROTECCIÓN S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda señalando para tal efecto que el traslado cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; que dicho acto de traslado se realizó de manera libre y expresa; que Protección brindó al demandante información clara, oportuna y cierta; como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; innominada o genérica; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y finalmente la de inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Fols. 151 a 165)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 13 de diciembre de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante del RPMPD al RAIS; ordenó a la AFP Protección a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna; declaró no probadas las excepciones propuestas y finalmente condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 271 de la ley 100 de 1993; la ley 1328 de 2019; el artículo 97 del Decreto 663 de 1993; la ley 797 de 2003 y las sentencias SL1452 de 2019, SL4360 de 2019, SL1688 de 2019, SL4811 de 2020, SL145 de 2021, SL587 de 2021 y la C 335 de 2008, señalando para tal efecto que la AFP debió brindar como mínimo las ventajas, accesos y riesgos de ambos regímenes; que no es necesario que el demandante tuviese un derecho consolidado; que la no entrega de información de manera oportuna es igual a la no entrega de un consentimiento informado; que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado; que las leyendas pre impresas demuestran un consentimiento libre de vicios pero no informado; que la asesoría fue insuficiente; que del interrogatorio de parte no se desprende ningún tipo de confesión; que no se puede decir que dicho acto de traslado fuese precedido de la información suficiente y necesaria; que la AFP debe retornar a Colpensiones todos los saldos depositados, rendimientos, sin descuento por gastos de administración y aportes de garantía de pensión mínima y finalmente que no es posible aplicar el fenómeno de la prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el a quo señalando para tal efecto que se debe tener en cuenta la sentencia T 422 de 2011 frente a la inversión de la carga de la prueba; que dentro del trámite probatorio no se demostró que se hubiera presentado algún vicio en el consentimiento al momento del traslado; que quedó debidamente acreditado que su afiliación a la AFP demandada fue libre y voluntaria ratificada a través de la permanencia en el RAIS y finalmente que la sentencia atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

**5.2 PROTECCIÓN S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que el literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 establece que en el RAIS una parte del ahorro irá destinado primero al pago de primas de seguros y segundo a financiar el fondo de solidaridad pensional y finalmente a cubrir los gastos de administración; que la devolución de dichos valores con cargo a sus propias utilidades constituye una sobre remuneración injustificada; que la afiliación del demandante es válida y legítima; que los descuentos al fondo de la solidaridad pensional hacen parte de un patrimonio autónomo ajeno a los designios de la AFP; que frente a la devolución de primas de seguros provisional está imposibilitada para recobrar dicho pago a las aseguradoras; que dichos valores de ser asumidos de su propio patrimonio constituiría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante; que la condena en costas es improcedente pues está AFP no tiene soporte normativo alguno que autorice un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**7.1 PROTECCIÓN S.A.:** Manifiesta que debe absolverse a la demandada de las suplicas, ya que ha actuado bajo el principio de buena fe constitucional, brindando la información idónea y necesaria que se requería en la época del traslado; que devolver los gastos de administración constituye una sobre remuneración injustificada ya que no se tienen en cuenta las gestiones de administración de la AFP; que las comisiones y gastos de administración constituyen descuentos autorizados por la ley; que la devolución de tales conceptos constituyen un enriquecimiento sin causa.

**7.2 COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que las sentencias de la Corte hacen referencia al afiliado lego, y en el caso concreto el afiliado tiene un grado académico que le permitía comprender las consecuencias del traslado; que en el evento de confirmar la ineficacia del traslado, se debe garantizar el traslado de todos los rendimientos, cotizaciones, y cuotas de administración de conformidad con el artículo 113 de la ley 100 de 1993.

**7.3 DEMANDANTE.:** Aduce que la AFP no brindó la asesoría integral, por lo que se presente la ineficacia del traslado por vicios en el consentimiento, debiéndose declarar la ineficacia con el retorno a Colpensiones.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para

declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor HECTOR JAIME AYARZA BASTIDAS, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 22 de marzo de 1988, con cotizaciones hasta el 16 de junio de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 7 a 12) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Santander hoy Protección S.A. con fecha del 01 de agosto de 2000 (Fol 109), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente

verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte

actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-

2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y comisiones y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues la alzada de Protección S.A.

referida a que son improcedente las cosas no sale avante, dado que resultó ser parte vencida en el proceso, generándose las mismas de conformidad con el artículo 365, numeral 1° del CGP.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de diciembre del 2021, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y los gastos de administración** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

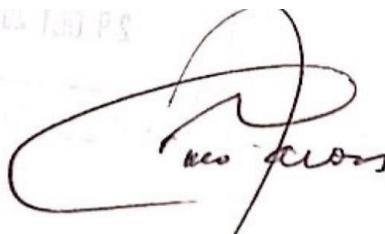
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** RICARDO RINCON  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-001-2019-01108-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** RICARDO RINCÓN instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación del RPMPD al RAIS; que se declare la libertad del demandante es libre de afiliarse al RPMPD; que se condene a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado cotizante; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses a Colpensiones; que se condene a las demandadas al pago de costas y finalmente que se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 09 de mayo de 1960; que para 1980 se afilió al RPMPD administrado por CAJANAL hasta el 04 de agosto de 2000; que se trasladó de administradora; que el asesor de la AFP Porvenir S.A. no le brindó la información suficiente y necesaria para tomar dicha decisión; que para el 01 de noviembre de 2006 manifestó su deseo de retornar al RPMPD cuando tenía 46 años, al cumplimiento del requisito de permanencia de 5 años; que para el 02 de noviembre de 2006 suscribió formulario de afiliación con el ISS, y Colpensiones en el año 2013 manifiesta que no existe dicho formulario de afiliación; que para el año 2017 Colpensiones indica que el formulario no cumple con los requisitos exigidos por ellos y que para dicha data ya no era posible realizar el traslado de régimen; que el 18 de septiembre de 2019 diligenció formulario de afiliación a Colpensiones y este fue rechazado y que finalmente el 31 de julio de 2019 presentó reclamación administrativa de nulidad ante la AFP Porvenir y esta fue negada. (fols. 2 a 26 )(sub fol 78).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 160); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, señalando para tal efecto que el traslado de los aportes del demandante se realizó por solicitud del mismo; que el demandante por decisión suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A.; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que el demandante tiene deberes como el de informarse respecto del contrato que suscribió; que se le brindó la posibilidad de retracto dentro de los 5 días siguientes; que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación; error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; innominada o genérica y finalmente no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Fols. 109 a 116).

**3.2 PORVENIR S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que el demandante suscribió formulario de afiliación de forma libre, espontánea y completamente informada; que el demandante recibió asesoría verbal con la información suficiente y necesaria; que le compete al demandante acreditar los supuestos en los que se funda; que no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo; que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es un acto jurídico unilateral; que el demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha de traslado no estaba a cargo de las AFP. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 122 a 133R).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 07 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por el demandante; ordenó a Colpensiones autorizar el traslado del demandante al RPMPD en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento del traslado; ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, bono pensional, gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación; declaró que Colpensiones puede obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios que pueda sufrir al momento en que asuma la obligación pensional; declaró no probadas las excepciones formuladas y finalmente no condenó en costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 68852 de 2019, SL56174 de 2019, SL4429 de 2019, SL12136 de 2014, SL17595 de 2017, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL3464 de 2019, SL4360 de 2019 y finalmente la SL68852 de 2019, señalando para tal efecto que le correspondía a la AFP Porvenir brindar la información correspondiente al demandante al momento del traslado; que se le debió informar que dicha decisión podría tener consecuencias graves; que la AFP no obró en consonancia con el principio de eficiencia; que el formulario de afiliación a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; que la carga probatoria debe invertirse a favor de la parte actora; que la AFP debe devolver la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones a cargo de sus propias utilidades, absteniéndose de imponer costas.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la misma señalando que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad del demandante; que el traslado se realizó con la voluntad del demandante; que la decisión de trasladarse se ve ratificada por el tiempo en el que realizó cotizaciones; que posterior al traslado no acude al ISS o Colpensiones a buscar asesoría; que se encuentra inmerso en la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que la norma consiste en evitar la descapitalización del fondo común; que trasladar a personas que no han contribuido con sus cotizaciones desfinanciaría el sistema; que la aplicación del precedente jurisprudencial no puede convertirse en regla general; que los actos de relacionamiento se ven traducidas o reflejadas en actos como realizar solicitudes de información de saldo, actualización de datos, asignación y cambios de clave; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición; que para la fecha en la que realizó el traslado era imposible conocer o informar sobre una conveniencia cierta de pertenecer a uno u otro régimen; que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio del consentimiento; que las características de ambos regímenes están consagradas en la ley; que no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa; que en el evento de confirmarse la decisión, se garantice la devolución de todos y cada uno de los dineros obtenidos producto de los aportes realizados, incluyendo los bonos, rendimientos, frutos, gastos administrativos y demás concepto producto de dichos aportes.

**5.3 PORVENIR S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó recurso de apelación señalando que esta cumplió con todas las obligaciones que legalmente estaban establecidas; que la SIF ha sido enfática en indicar que la obligación de otorgar información clara, cierta y expresa respecto a las condiciones de la afiliación nació a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2242 de 2010; que está AFP cumplió con la normatividad que estaba vigente para dicha data; que la afiliación del demandante al RAIS cumplió con los requisitos legales establecidos; que luego de su vinculación se dirigió en el 2006 y allí le indicó que no le era favorable continuar en dicho régimen; que la devolución de los aportes, rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración es desproporcionada, teniendo en cuenta que estos han sido legalmente descontados, por lo que solicita se absuelva de las condenas impuestas.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que no se trata de un afiliado lego ya que es abogado, además que confesó en el interrogatorio de parte el haber recibido información; que el valor de la mesada en el RAIS no puede servir de base para declarar la ineficacia del traslado; que resulta improcedente la devolución de gastos de administración y comisiones, ya que fueron conceptos deducidos por ley y además la AFP realizó la gestión de administración; que resulta improcedente la devolución de tales emolumentos acorde a lo dispuesto por la Superintendencia Financiera.

**COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de

manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor RICARDO RINCÓN, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de mayo de 1999, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 38); que entre el 07 de noviembre de 1983 hasta el 31 de agosto de 2000 cotizó a CAJANAL (Pág 67 ED) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A para el 4 de agosto de 2000 (Fol 99), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

## **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir

puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales en su defensa que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya

que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*"; tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, como lo entienden las demandadas en el caso por el que se procede, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

*"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno".*

### **Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que la CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la

información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Respecto del asunto que gira en torno a que antes del traslado al RAIS venía cotizando a CAJANAL, debe señalarse que en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018, SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, se señala que los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que el accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan al promotor de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 48 años de edad, por haber nacido el 09 de mayo de 1960, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirado o desafiliado del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con el régimen de prima media con prestación definida quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de comisiones y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este

concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

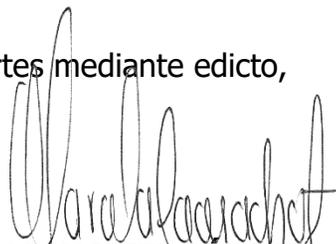
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de febrero del 2022, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

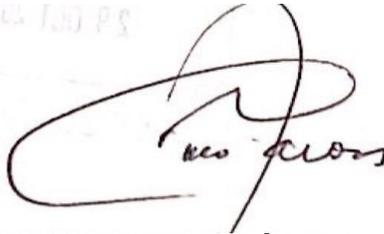
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LUIS HENRY RODRIGUEZ BUITRON.  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-002-2019-00374-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ORIANA ESPITIA GARCIA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** LUIS HENRY RODRIGUEZ BUITRON instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, o subsidiariamente la nulidad del traslado; que se declare que para todos los efectos que se encuentra afiliado al RPM; que se ordene el traslado del valor total de las cotizaciones realizadas por el demandante al RAIS incluyendo cuotas de administración, rendimientos financieros y todas aquellas sumas de dinero que hagan parte de la cuenta de ahorro individual o hayan sido descontados del monto de su cotización; que se reconozca lo que haya sido discutido y probado bajo las facultades extra y ultra petita y finalmente que se condene en costas a las demandadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 27 de mayo de 1961; que cotizó 227 semanas al RPMPD; que al traslado de régimen no recibió la información necesaria, suficiente y oportuna; que el 17 de mayo de 2007 se traslada al ING; que el 14 de abril de 2008 se traslada a la AFP Horizonte que fue absorbida por Porvenir S.A.; que el 7 de febrero de 2019 radicó solicitud ante Colpensiones requiriendo una documentación relacionada con el traslado entre regímenes y esta no hizo entrega de la documentación y negó la solicitud y finalmente que el 13 de abril de 2019 radicó solicitud documental y de anulación del traslado de régimen y esta fue negada. (fols. 3 a 8R).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (ED 03); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; que las documentales se encuentran sujetas a derecho; que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010. Como excepciones de mérito propuso las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y finalmente la innominada o genérica. (pág 2 a 33 )(ED 04).

**3.3 PORVENIR S.A.** No hizo pronunciamiento alguno teniendo en cuenta que no contestó la demanda.

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado; ordenó a Colpensiones a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación realizada desde el 01 de marzo de 1980, por lo que deberá incluir en bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información para la obtención de la pensión de la parte actora; declaró no probadas las excepciones y finalmente condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13, 271 y 272 de la ley 100 de 1993; la ley 797 de 2003; la ley 1328 de 1998; el Decreto 2241 de 2003; la ley 1748 de 2014; el Decreto 2071 de 2017; la Circular externa 016 de 2016 y las sentencias SL 3034 de 2021, SL31989 de 2008, SL1689 de 2019, SL4811 de 2020, SL3464 de 2019, SL1688 de 2019, SL4964 de 2018, SL4989 d 2018 y la SL 1421 de 2019, señalando que el deber de información corresponde a la ilustración de las características, efectos y riesgos de ambos regímenes, así como la eventual pérdida del régimen de transición; que el consentimiento vertido en el formulario es insuficiente para dar por demostrado el deber de información; que las AFP tienen la obligación de brindar información suficiente; que el formulario a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; que la actuación viciada no se convalida por los traslados efectuado dentro del mismo régimen; que no es necesario que el demandante sea beneficiario del régimen de transición o tenga un derecho consolidado; que la AFP privada deber retornar a Colpensiones los aportes, rendimientos y gastos de administración, el total del capital y las comisiones con cargo a sus propias utilidades y finalmente que no es posible dar aplicación a la prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Dentro del momento procesal oportuno interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la providencia proferida por el a quo, señalando que la afiliación no es un acto unilateral y de conformidad con el artículo

1495 del Código Civil ello conduce a generar obligaciones para ambas partes; que se da una afiliación tácita; que la orden de traslado del demandante a Colpensiones atenta directamente con el principio de la relatividad de los negocios jurídicos; que dicho traslado descapitalizaría el fondo común; que el demandante incumplió sus deberes como consumidor financiero; que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003; que será el patrimonio público el cual entrará a pagar la pensión que llegare a percibir la parte actora; que su ahorro no será suficiente para financiar su pensión; que la selección de régimen implica la aceptación de las condiciones propias de cada régimen; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por lo que no es dable aplicar el precedente jurisprudencial; que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP privada; que el demandante ha estado afiliado por más de 20 años en el RAIS sin haber manifestado en algún momento su inconformidad; que de accederse a las pretensiones incoadas, la obligación de Colpensiones esté sujeta a que Porvenir S.A. normalice la afiliación en el sistema de información y proceda a la anulación del traslado, además de la devolución de sus aportes a Colpensiones junto con cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados.

**5.2 PORVENIR S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando sea revocado en su integridad el fallo proferido por el a quo señalando que se omitió hacer una evaluación sobre lo relacionado con el detrimento del derecho pensional del afiliado, el cual no se encuentra acreditado a través de ningún medio de prueba en el expediente; que lo descontado por gastos de administración y pagos de seguros previsionales son un descuento autorizado por la ley; que siempre ha obrado de buena fe; que la SIF en concepto del 15 de enero de 2020 estableció que de ser necesario realizar un traslado de aportes del RAIS al RPMPD deberá trasladarse los aportes realizado y sus rendimientos financieros y finalmente que el pago de seguros previsionales ya se materializaron.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación fue firmado de manera libre y voluntaria; que no se trata de un afiliado lego ya que es abogado, además que confesó en el interrogatorio de parte el haber recibido información; que el valor de la mesada en el RAIS no puede servir de base para declarar la ineficacia del traslado; que resulta improcedente la devolución de gastos de administración y comisiones, ya que fueron conceptos deducidos por ley y además la AFP realizó la gestión de administración; que resulta improcedente la devolución de tales emolumentos acorde a lo dispuesto por la Superintendencia Financiera.

**COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

**DEMANDANTE:** Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que no se presentó la debida asesoría por parte de la AFP, además que no es cierto que se esté descapitalizando a Colpensiones, ya que para ello está la devolución de las cotizaciones y demás conceptos por parte de la AFP.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima; (iv) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor LUIS HENRY RODRIGUEZ BUITRON, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 19 de abril de 1996, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 2000, conforme aparece en el SIAFP aportado por la AFP Porvenir (fol. 16 y 20); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir el 11 de octubre de 2000 (Fol. 35); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte el 14 de abril de 2008 ( fol. 36) y finalmente que suscribió formulario de afiliación con la

AFP Porvenir el 27 de febrero de 2009 (Fol 34) donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la

sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

## **Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

## **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 2000, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 11 de octubre de 2000, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

## **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de HORIZONTE quien fue absorbida por la AFP PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa en la parte resolutive el concepto de gastos de administración y, por ende, habrá de adicionarse a la sentencia en este ítem, sin que haya lugar a la indexación pedida por Colpensiones, dado que no fue ordenado en la primera instancia, y tampoco fue propuesta excepción alguna en ese sentido.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es

aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no la exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

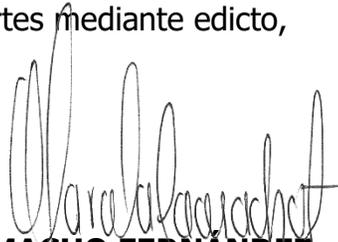
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de septiembre del 2021, la **ORDEN** a la PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP, incluido el tiempo de vinculación en Horizonte), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, **los gastos de administración** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

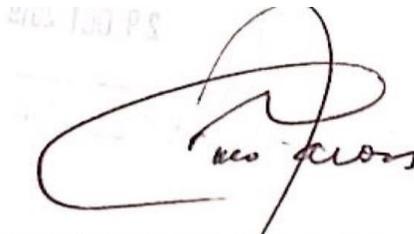
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

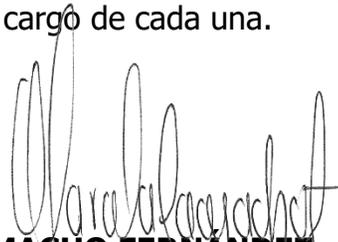


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ALMA LEDY BLANQUICET DE VILLAMIZAR  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A Y OLD MUTUAL S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-017-2019-00227-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** ALMA LEDY BLANQUICET DE VILLAMIZAR instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A y OLD MUTUAL S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS y como consecuencia se declare la nulidad de los traslados posteriores entre administradoras de dicho régimen; que como consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la demandante como si nunca se hubiera trasladado; lo extra y ultra petita, y que se condene en costas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 07 de febrero de 1961; se trasladó de régimen el 28 de mayo de 1999; que al realizar los diferentes traslados de AFP no se le brindó la información suficiente y necesaria; que resulta más beneficiosa la mesada pensional percibida en el RPMPD y finalmente que presentó derecho de petición ante Colpensiones el 26 de octubre de 2018 solicitando la nulidad de los traslados efectuado y no emitió pronunciamiento alguno. (fols. 2 a 9).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 57); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones.

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al

RAIS; que no probó error, fuerza o dolo en la afiliación; que no le asiste razón alguna a la demandante. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe; prescripción y finalmente imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (Fols. 70 a 82).

**3.2 AFP SKANDIA S.A.** presentó contestación a la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones señalando que la demandante tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS por venir de la AFP Colfondos S.A.; que al seleccionar el RAIS la demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen; que la asesoría que le brindó Old Mutual se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria; que no se evidencia causal alguna que genere la nulidad de la afiliación; que no basta con citar y/o invocar vicios del consentimiento sino que este se debe explicar y probar. Como excepciones de fondo propuso las que denominó pago, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y finalmente la genérica. (Fols. 98 a 108)

**3.3 PORVENIR S.A.** Presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que el traslado dado con esta AFP fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños; que el formulario de afiliación debe presumirse auténtico; que las condiciones de cada uno de los regímenes se encuentran establecidos en la ley por lo que no es dable a las partes pactar condiciones diferentes; que la parte actora pretende desconocer la restricción de la ley 797 de 2003. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y finalmente la genérica. (fols. 177 a 198).

**3.3 AFP COLFONDOS S.A.** Presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que los asesores de Colfondos sí brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen; que el traslado cumplió con todos los presupuestos de ley; que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado; que la nulidad absoluta sólo se da en casos que el objeto o la causa del negocio jurídico fuese ilícito; que la vinculación de la demandante con esta AFP tal como aparece en el formulario de afiliación se realizó de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna; que debe aplicarse la prescripción. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado y finalmente compensación y pago. (Fols. 132 a 147)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 22 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró no probadas las excepciones propuestas; declaró que el traslado de la demandante al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produce efectos jurídicos; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD sin solución de continuidad; ordenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la demandante como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos e intereses, además de devolver los gastos de administración o comisiones que se descontaron; condenó a la AFP Skandia S.A. y Porvenir S.A a devolver los gastos de administración o comisiones de administración; ordenó a

Colpensiones a recibir el traslado que efectúen los fondos a favor de la demandante, convalidarlos en la historia laboral y se autoriza a desplegar acciones de cobro que correspondan para tener en su patrimonio todos los valores de la demandante, y finalmente condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 6 del CPTSS; la ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, señalando para tal efecto que dada la densidad de cotizaciones de la demandante procedía un estudio más riguroso de dicho traslado; que no se le brindó la información suficiente como las características, condiciones de acceso y el monto del capital que le permitiría acceder a la prestación de vejez; que el asesor de la AFP Porvenir sólo cumplió con un deber comercial y no de información; la información no solo se basa en las características e información general, sino en el funcionamiento, diferencias y semejanzas y la dependencia de factores macro y microeconómicos; que desde la expedición de la ley 100 de 1993 está a cargo de las AFP ese deber de información; que la carga probatoria está en cabeza de las AFP; que el deber de demostrar el cumplimiento del deber de información se encuentra insatisfecha; que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre el cumplimiento del deber de información; que la AFP Colfondos debe trasladar los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual incluyendo los valores trasladados por las demás AFP, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, gastos de administración y comisiones y finalmente que Porvenir S.A. y Skandia S.A debe retornar los gastos de administración y comisiones.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 SKANDIA S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación frente al retorno de los gastos de administración señalando que en su oportunidad trasladó todos los recursos que tenía a su disposición a otra administradora; que el Decreto 3925 de 2008 indica de manera taxativa cuales son los emolumentos que deben trasladarse en el momento en que efectúe un traslado de aportes a otro régimen; que de conformidad con la ley 100 de 1993 dichos gastos se destinaron a sufragar las respectivas pólizas para cubrir una posible contingencia, por lo que solicita se revoque dicha orden en su contra.

**5.2 PORVENIR S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que no se hizo la valoración adecuada de varias circunstancias ocurridas dentro del proceso como el interrogatorio de parte; que hay elementos que permiten demostrar que la demandante recibió la información a la que estaba obligada la AFP en dicha data; que no se tuvo en cuenta la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral en cuanto a que los diferentes traslados se constituyen en actos de relacionamiento; que en caso que se confirme la ineficacia del traslado se solicita que se revise la devolución de gastos de administración y demás sumas, dado que es una situación antijurídica; que se causaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que la SIF indicó que de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado; que el artículo 113 literal b) de la ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos; que se le debe permitir mantener los rendimientos que se generaron como consecuencia de su actividad; que los gastos de administración no pueden estar acogidos por el fenómeno de la imprescriptibilidad; que dichos valores no hacen parte de la financiación de su prestación de vejez, debiéndose afectarse por la prescripción.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**DEMANDANTE:** Solicita se confirme la decisión de instancia, precisando que existe suficiente material probatorio para que se concedan las pretensiones de la demanda, además que las AFP desde su creación estaban en la obligación de brindar información, el cual no se constató en el presente proceso.

**PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

**COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que la demandante se encuentra en la prohibición legal de trasladarse; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; que se debe presumir la buena fe en lo relacionado con las costas.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A., se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la

afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora ALMA LEDY BLANQUICET DE VILLAMIZAR, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de febrero de 1989, con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 19); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir con fecha 28 de mayo de 1999 ( fol 11); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos con fecha 20 de diciembre de 2001 (fol 12); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Skandia con fecha del 25 de enero de 2007 (fol 13) y finalmente que suscribió formulario de afiliación nuevamente con la AFP Colfondos con fecha del 20 de febrero de 2007 (fol 14), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal

obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales en su defensa que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 10 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*"; tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias

atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, como lo entienden las demandadas en el caso por el que se procede, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

*"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno".*

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 28 de mayo de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se reitera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., sin embargo, no congloba de manera expresa en la parte resolutive los conceptos de gastos de administración en relación con SKANDIA S.A y PORVENIR S.A. y, por ende, habrá de adicionarse a la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es

aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral QUINTO de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**CUARTO: CONDENAR** en costas en esta instancia a favor del actor y a cargo de AFP SKANDIA y PORVENIR S.A.. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

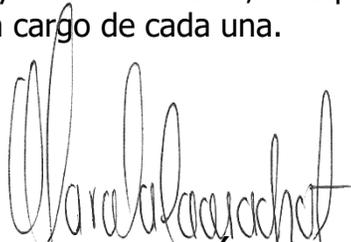


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** JULIAN IGNACIO GUTIERREZ ESCOBAR  
**Demandada:** FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS- FEDEGAN  
**Radicado No.:** 110013105-014-2018-00079-01  
**Tema:** INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO- APELACIÓN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Julián Ignacio Gutiérrez Escobar instauró demanda ordinaria contra la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS - FEDEGAN, con el propósito de que se declare que el contrato de trabajo celebrado entre las partes junto con el otro sí mediante la cual se pacta que los pagos se recibirían con cargo a la cuenta del Fondo Nacional del Ganado, y el otro sí que asigna un nuevo cargo al demandante, se extendió entre el 12 de junio de 1989 y el 13 de febrero de 2017, sin solución de continuidad, y como consecuencia, se condene a FEDEGAN al reconocimiento y pago del saldo faltante de las sumas que por indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa pagó la cuenta especial denominada Fondo Nacional del Ganado, hoy liquidada por adjudicación, teniendo en cuenta para ello el último salario percibido y el extremo temporal comprendido entre el 12 de junio de 1989 y el 13 de febrero de 2017; que se condene a la indexación hasta el momento efectivo del pago.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que firmó contrato a término indefinido con FEDEGAN el 12 de junio de 1989; que el 1 de enero de 1995 suscribió otro sí en la que se precisaba que el trabajador se regiría por la Ley 50 de 1990, y que la remuneración mensual y prestaciones sociales serían canceladas con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Ganado, hoy en liquidación por adjudicación; que igualmente se pactó que la remuneración sería a través de salario integral; que el 25 de octubre de 2001 suscribieron otro sí en el que se pactó que a partir de la fecha ocuparía el cargo de Jefe de Investigaciones Económicas en la Subdirección Administrativa y Financiera; que el 1 de enero de 2016 el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asumió temporalmente el recaudo, administración e inversión de la cuota parafiscal creada por la Ley 9 de 1993, gestión para la cual se contrató mediante encargo fiduciario a FIDUAGRARIA S.A., pero a pesar de ello, nunca firmó un nuevo contrato con otra entidad; que mediante auto 2016-01-296087 se decreta la terminación del proceso de reorganización del Fondo Nacional del Ganado, administrado por Fiduagraria, quien actuaba como mandataria del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; que mediante comunicación del 13 de febrero del 2017 el Fondo Nacional del Ganado en Liquidación

por Adjudicación le informa la terminación del contrato de trabajo; que al liquidar la indemnización por terminación unilateral sin justa causa no se tuvo en cuenta todo el tiempo de vigencia del contrato, esto es, entre el 12 de junio de 1989 y el 13 de febrero de 2017, correspondiente a 27 años, 8 meses y 1 día; que la última asignación salarial fue de \$11.203.500; que el Fondo Nacional del Ganado tuvo como fecha de inicio del contrato el 1 de febrero de 1995; que nunca suscribió contrato de trabajo con el Fondo Nacional del Ganado, ya que solo se modificó el contrato a término indefinido que tenía con FEDEGAN desde el 12 de junio de 1989; que la prestación del servicio siempre fue para FEDEGAN; que la omisión en el pago completo de la prestación le ha causado perjuicios; que el 6 de junio de 2017 mediante derecho de petición presentó reclamación de la reliquidación de la indemnización, siendo respondida de manera negativa; que posteriormente insistió el 26 de julio del 2017, con el mismo resultado. (fol. 35 a 50 y 53 a 66).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Fol. 263); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1 FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS- FEDEGAN.** Al dar respuesta al libelo introductorio se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que nada tiene que ver con las obligaciones futuras como son el despido sin justa causa y los motivos de éste, ya que no era el empleador y como administrador fue apartado de la gestión y administración del Fondo Nacional del Ganado, por lo que toda reclamación debe dirigirse ante la última entidad mencionada; que la relación laboral con el actor fue liquidada el 1 de enero de 1995 por retiro voluntario con su correspondiente liquidación por valor de \$4.148.243. Como excepciones de mérito rotuló las de ausencia de legitimación por pasiva, pago de la obligación, inexistencia de responsabilidad solidaria entre Fedegan y el Fondo Nacional del Ganado, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, y la genérica. (fols. 181 a 199).

**3.2 FONDO NACIONAL DEL GANADO.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que tal entidad pagó todas las sumas que le correspondía por el vínculo laboral que unió a las partes, siendo los extremos desde el 1 de febrero de 1995 hasta el 13 de febrero de 2017, el cual se hizo con el último salario devengado por el actor, por lo que, las pretensiones deben ser desestimadas. Como excepciones de mérito rotuló las de pago de la obligación, falta de causa, prescripción, compensación, y la genérica. (fols. 251 a 262).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 08 de abril del 2021, en la que la falladora declaró que entre Julián Ignacio Gutiérrez Escobar y la Federación Colombiana de Ganaderos- FEDEGAN existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de junio de 1989 y el 13 de febrero de 2017, en consecuencia, condenó a la Federación Nacional de Ganaderos a pagar a favor del actor la suma de \$252.219.567 por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva por despido sin justa causa, valor que debe ser debidamente indexado desde que se hizo exigible hasta que se verifique el pago; declaró probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la Federación Nacional de Ganaderos en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Ganado; absolvió de las demás pretensiones. Finalmente, gravó en costas a FEDEGAN.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que se debía verificar si hay lugar a declarar una sola relación laboral con FEDEGAN entre

el 12 de junio de 1989 hasta el 13 de febrero de 2017, o en su defecto a partir del 01 de febrero de 1995 el empleador pasó a ser el Fondo Nacional del Ganado.

Concluyó la a quo que el actor no cambió de empleador en el año 1995 ya que la administración del Fondo Nacional del Ganado siempre estuvo en cabeza de la Federación Colombiana de Ganaderos, además no se reunieron los elementos propios o inherentes a cualquier contrato ni del contrato de trabajo particular con respecto al Fondo Nacional del Ganado, elementos que si confluyen en la relación sostenida por el actor con FEDEGAN, entidad que no le era dable terminar el contrato del demandante aduciendo el cambio de remuneración a salario integral y menos apoyarse en la suscripción de un otrosí para justificar tal cambio de empleador, el cual en la realidad no existió, y que si bien obran distintas documentales expedidas por el Fondo Nacional del Ganado como empleador del demandante, entre ellas la terminación del contrato, lo cierto es que, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el verdadero empleador del actor desde la suscripción del contrato de trabajo el 12/06/89 fue la demandada Federación Colombiana de Ganaderos, imponiéndose acceder a la pretensión del demandante en el sentido de declarar la existencia de una relación o un contrato de trabajo desde el 12/06/89 hasta el 13/02/2017 con FEDEGAN, y como consecuencia de ello, ordenó la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, atendiendo a que le fue reconocida solo a partir del mes de febrero de 1995, debiendo serlo desde 1989.

Así las cosas, como la modalidad del contrato de trabajo que unió a FEDEGAN con el demandante fue a término indefinido, la indemnización se liquidó conforme a las previsiones del párrafo transitorio del artículo 64 del CST modificado por la ley 789 de 2002, normatividad que prevé que quienes hayan prestado servicios por más de 10 años a la entrada en vigencia de esta última preceptiva legal es decir 27/12/2002, la indemnización se rige por lo señalado en el artículo sexto de la ley 50 de 1990, que en su literal d) prevé que se debe sufragar por este concepto 45 días de salario por el primer año y 40 por cada uno de los años subsiguientes y proporcionalmente por fracción, dando como resultado la suma de \$ 377,448,556, pero como se hizo un pago de \$125,228,989, ordenó a FEDEGAN a pagar en favor del actor la suma de \$252,219,567 por concepto del mayor valor de la indemnización, suma que debe pagarse debidamente indexada desde que se hizo exigible y hasta cuando se verifique el respectivo pago. (Cd. fol. 309).

**4. Impugnación y límites del ad quem. FEDEGAN** manifiesta que se logró demostrar que el contrato de trabajo con FEDEGAN fue entre el 12 de junio de 1989 hasta 1994, lapso en el cual efectivamente fungió como empleadora del demandante; que se está desconociendo el principio de primacía de la realidad sobre las formas, en tanto el demandante era consciente para el año 1994 que FEDEGAN iba a dejar de ser su empleador pasando a órdenes del Fondo Nacional del Ganado; que se está desconociendo la figura como administradora de los recursos del Fondo Nacional del Ganado que tenía FEDEGAN, más no como empleadora del demandante; que las órdenes fueron directamente por parte del Fondo Nacional del Ganado, máxime que a partir del año 2016, FEDEGAN dejó de ser la administradora del Fondo Nacional del Ganado; que desde 1995 FEDEGAN dejó de impartir órdenes al señor Julián Ignacio, situación que era de conocimiento de aquel, sino también de las demás personas que se acogieron a ese beneficio, esto es, de terminar la relación laboral con FEDEGAN, mejorar sus condiciones salariales y continuar a cargo del Fondo Nacional del Ganado; que los recursos por medio de los cuales se le pagaban los salarios al señor Julián Ignacio eran a cargo del Fondo Nacional del Ganado; que existió consentimiento o el acuerdo de voluntades, sin que se pueda de manera errónea hacer una interpretación de la ley; que el demandante tenía la capacidad legal y el consentimiento para aceptar sus nuevas condiciones laborales; que el demandante era consciente de que a partir de diciembre de 1994 se iban a liquidar todas sus prestaciones en cuanto a toda la labor que realizó para FEDEGAN; que a partir

de 1995 empezó a ser parte de la planta del Fondo Nacional del Ganado, cumpliendo funciones para tal entidad; que FEDEGAN no fue quien terminó el contrato, fue el liquidador del Fondo Nacional del Ganado y fue quien pagó la indemnización correspondiente a la terminación del contrato sin justa causa; que se está desconociendo los testimonios, ya que dieron cuenta respecto de la manera como se dio la terminación del contrato por parte de Fedegan y se inició la otra relación laboral con el Fondo Nacional del Ganado; que la testigo Teresita informó respecto a la expedición de los documentos por parte de Fedegan y del Fondo Nacional del Ganado, manifestando que en muchas ocasiones aparecían bajo la misma papelería, pero que ello no quería decir que Fedegan fuera el empleador directo de los empleados del Fondo Nacional del Ganado, y que si bien hasta el año 2015 fue el administrador, no fungía en su responsabilidad como empleador directo del demandante; que de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, no se puede decir de los 3 elementos del contrato de trabajo se configuren con Fedegan, ya que la actividad personal por parte del demandante fue para el Fondo Nacional del Ganado; que la subordinación u órdenes directas no lo eran por parte de Fedegan sino del Fondo Nacional del Ganado, además que el salario estaba a cargo de los recursos del Fondo Nacional del ganado; que de la prueba recaudada siempre se habló sobre una independencia entre Fedegan y el Fondo Nacional del Ganado; que Fedegan administró los recursos del Fondo Nacional del Ganado hasta el año 2016, ya que posteriormente pasó esa responsabilidad a manos del Ministerio de Agricultura; que no se configura un despido sin justa causa por parte de Fedegan, ya que no fue tal entidad la que terminó el contrato con el demandante, pues aquel fue terminado por el liquidador del Fondo Nacional del Ganado; que no se puede decir que hubo una relación laboral efectiva desde el 1989 hasta el año 2017, ya que hay una ruptura entre los contratos que se celebraron entre 1989 hasta el año 1994, año para la cual el contrato se liquidó y no hay que desconocer que fue por un retiro voluntario; que luego de la liquidación del contrato nace una nueva relación a partir del año 1995, el cual finaliza con el despido sin justa causa en el año 2017, pero esa responsabilidad hace parte del Fondo Nacional del Ganado y no de Fedegan; que de conformidad con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe tenerse en cuenta que estructuralmente el Fondo Nacional del Ganado cumplió unas funciones totalmente diferentes a las que cumplía Fedegan, quiere ello decir que el demandante ejecutaba un trabajo única y exclusivamente para el Fondo Nacional del Ganado; que Fedegan de común acuerdo con el demandante terminaron la relación laboral, pero en el año de 1994, no para el año 2017, fecha para la cual cumplía labores única y exclusivamente para el Fondo Nacional del Ganado.

## **5. Alegatos de conclusión.**

**FEDEGAN:** Manifiestan que se debe revocar la decisión de instancia, ya que FEDEGAN no fungía como empleador del actor, además de ser el Fondo Nacional del Ganado una entidad autónoma y diferente a FEDEGAN, aunado a que, desde el 2015 FEDEGAN dejó de fungir como administrador del FNG; que el vínculo con el Fondo Nacional del Ganado no es una extensión del vínculo que tenía con FEDEGAN, sino en realidad un nuevo vínculo laboral.

**DEMANDANTE:** Solicite se confirme la decisión de primer grado, ya que, en efecto, no puede sostenerse que el empleador del actor haya sido el Fondo Nacional del Ganado, pues esta solo es una cuenta con la cual en el caso del actor se le pagaban los salarios y prestaciones, pero no fungía como empleador, siendo el empleador FEDEGAN desde 1989 y hasta el año 2017; que no existe ningún contrato con el Fondo Nacional del Ganado.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada FEDEGAN se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Entre las partes (demandante y Fedegan) se extendió un contrato de trabajo entre el 12 de junio de 1989 y el 13 de febrero de 2017?
- ✓ En caso positivo: ¿Hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa tomando como extremo inicial el 12 de junio de 1989?

### **Contrato de trabajo- cambio de contrato- empleador**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 29 de septiembre de 2003, radicación 20556, al referirse al artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, en la que asienta que:

*"El aludido precepto simplemente determina cuáles son los elementos esenciales de un contrato de trabajo, de manera que cuando ellos se exhiban en una relación contractual, habrá un contrato de esa naturaleza, independientemente de la denominación que a dicha relación le hayan dado los contratantes. **Pero ello no significa que las partes no puedan finalizar uno y comenzar otro, ya que esta situación es perfectamente lícita...**"*

En el mismo estanco en sentencia del 02 de septiembre de 1977, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, estableció que:

*"No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, **es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento del otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica**"* (Negrilla fuera del texto)

Así entonces, de conformidad con los basamentos legales y jurisprudenciales que anteceden, no hay duda para ésta Judicatura, que en el *sub examine* no se presentó ni remotamente un primer contrato con FEDEGAN y luego un contrato con el FONDO NACIONAL DEL GANADO, conclusión a la que se arriba con el material probatorio recaudado en el expediente, que da cuenta que el actor prestó sus servicios a favor de la entidad demandada FEDEGAN mediante contrato de trabajo a término indefinido, esto es, desde el 12 de junio de 1989 hasta el 13 de febrero de 2017, sin que pueda concluirse que a partir del 01 de febrero de 1995 haya finalizado el contrato de trabajo suscrito el 12 de junio de 1989 con Fedegan y haya nacido otro con el Fondo Nacional del Ganado, pues brilla por su ausencia la claridad de la terminación del contrato y el nacimiento del otro, pues nótese que para el 15 de enero de 1995 solo se suscribió otro sí (Fol. 79) entre el demandante y Fedegan, adicionando dos cláusulas al contrato celebrado en 1989, el cual son del siguiente tenor:

*"CLAUSULA ADICIONAL No 1: De común acuerdo entre las partes Empleador y Empleado manifiestan que a partir del primero (1) de enero de 1995 su relación laboral se regirá por la Ley 50 de 1990; y su remuneración mensual es el salario integral mínimo establecido por dicha Ley (...)*

*CLAUSULA ADICIONAL No 2: Empleador y Empleado acuerdan que a partir del 1 de febrero de 1995 la remuneración mensual y las prestaciones sociales del Empleado serán canceladas con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Ganado"*

Por lo dicho debe también la Sala anotar que de conformidad con la cláusula adicional No 2, no se mutó de empleador, sino que se acordó que la remuneración mensual será cancelada con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Ganado, fondo que era administrado por FEDEGAN en virtud del artículo 7º de la Ley 89 de 1993, tal como se constata con la certificación emitida por el revisor fiscal visible a folio 103, lo que da lugar a prohijar que a pesar de que con posterioridad al 01 de febrero de 1995 el actor pasó a cargo del Fondo Nacional del Ganado, solo lo fue para efectos del pago de la remuneración, sin que se demuestre con claridad la finalización y liquidación del contrato suscrito el 12 de junio de 1989 (Fol. 78) y el nacimiento de uno nuevo con el Fondo Nacional del Ganado a partir del 1 de febrero de 1995.

Ahora, alude la defensa que obra en el expediente la liquidación del contrato celebrado el 12 de junio de 1989, el cual parcialmente es cierto, ya que a folio 80 reposa un documento rotulado como liquidación de contrato de trabajo, cuyos extremos son del 12 de junio de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1994, liquidación que se efectuó el 1 de enero de 1995, es decir, antes del nuevo vínculo laboral que pretende la parte pasiva, esto es, antes del 1 de febrero de 1995, pues de asumir que a partir del 1 de febrero de 1995 se celebró un nuevo vínculo laboral con el Fondo Nacional del Ganado, debía haberse liquidado el contrato con FEDEGAN hasta el 31 de enero de 1995, pero ello no aconteció, siendo que tal documento descrito como "liquidación de contrato de trabajo" solo fue como cumplimiento de la cláusula adicional No 1, al haberse acogido el demandante a la ley 50 de 1990 y por efecto del cambio de manera de remuneración, ya que pasó a recibir un salario integral y por ello, a partir del 1 de enero de 1995 ya no recibiría prestaciones sociales legales y extralegales, por estar las mismas comprendidas en el salario integral, debiéndose en ese evento liquidar las prestaciones sociales a las que tenía derecho hasta el 31 de diciembre de 1994, tal como aconteció en el sub examine. Luego, tal liquidación no corresponde a la liquidación final del contrato de trabajo desde el 12 de junio de 1989 hasta el 31 de enero de 1995, además que tampoco se da cuenta de la suscripción de un nuevo contrato de trabajo a partir del 01 de febrero de 1995, pues se itera, no se dio cambio de empleador, sino que de conformidad con la cláusula segunda adicional se estipuló que la remuneración sería pagada con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Ganado, pero el empleador seguía siendo Fedegan.

Igualmente, debe tenerse en cuenta el dicho del testigo Clemente Cortes, quien laboró para FEDEGAN desde el 1 de noviembre de 1994 hasta el 22 de abril de 1999, ocupando el cargo de contador y quien fue la persona encargada de realizar la liquidación a la que se hizo referencia anteriormente, manifestando que realizó la liquidación con corte a 31 de diciembre de 1994 por instrucciones del presidente ejecutivo de Fedegan, que no tuvo conocimiento de "ninguna carta de renuncia" y que la liquidación se hizo por el "retiro voluntario" y porque además "pasó al régimen de cesantías de la ley 50 de 1990", tesis que nada aportan a tener claridad sobre la terminación del primer vínculo laboral con FEDEGAN y el inicio de otro contrato con el Fondo Nacional del Ganado a partir del 1 de febrero de 1995, pues el testigo se limitó a realizar la liquidación por instrucciones del presidente ejecutivo de Fedegan colocando la anotación de retiro voluntario, sin que obre

en el expediente documental alguna que dé cuenta que para el 31 de diciembre de 1994 o el 31 de enero de 1995 se hubiere tomado la decisión por parte del trabajador de dar por finalizado el contrato de trabajo suscrito desde el 12 de junio de 1989, por el contrario, lo que se denota es que hubo un cambio de remuneración (salario integral) a partir del 1 de enero de 1995 que dio lugar a la liquidación de las prestaciones causadas hasta el 31 de diciembre de 1994, y que a partir del 1 de febrero de 1995 tal remuneración iba a ser cumplida con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Ganado.

En lo que refiere a la testigo Teresita de Jesús Isaza, la misma empezó a laborar para el Fondo Nacional del Ganado a partir del año 2007, calenda para la cual nada le consta respecto a lo acontecido entre enero y febrero del año 1995, en particular, si existió la finalización del contrato de trabajo con FEDEGAN y el inicio de otro con el Fondo Nacional del Ganado, y a pesar de que era ella quien realizaba las certificaciones laborales, y que "era la usanza" el hacer otros sí donde se comenzaba de "ceros" la vinculación con el Fondo Nacional del Ganado, ello solo corresponde a su concepto particular al respecto, pues del otro sí obrante en el legajo no se puede sostener con claridad y contundencia la finalización de un primer contrato y el nacimiento de otro, pues lo correcto era que FEDEGAN hubiere finalizado el contrato suscrito el 12 de junio de 1989, y posterior a ello, bien sea a partir del 1 de enero de 1995 o 1 de febrero del mismo año, suscribir un nuevo contrato de trabajo directamente con el Fondo Nacional del Ganado, pues en estricto sentido el otro sí representa una extensión o una variación al contrato principal celebrado desde 1989, dicho en otras palabras, no puede a través de otro sí entenderse o darse por finalizado el contrato de trabajo.

De igual manera, en lo que respecta a la demás prueba testimonial, poco o nada aporta a la solución del problema jurídico planteado, dado que lo que se debía demostrar por FEDEGAN era la terminación del contrato de trabajo suscrito el 12 de junio de 1989, sin que la liquidación obrante en el proceso cumpla tal cometido, pues solo fue realizada en cumplimiento de la cláusula primera del otro sí y no como finalización del contrato de trabajo; asimismo, debe tenerse en cuenta el dicho de la testigo Ángela Marcela Ordoñez quien refirió que el Fondo Nacional del Ganado es una cuenta especial y que el presidente de Fedegan es a su vez el representante legal del Fondo Nacional del Ganado, y que inicialmente operaban en las mismas instalaciones, y a pesar de que tenían diferente estructura de personal el NIT del Fondo Nacional del Ganado es el mismo de Fedegan, pues esta última fungía como administradora.

En ese orden, si bien es cierto, a partir del 1 de febrero de 1995 el actor pudo haber estado adscrito a la planta de personal del Fondo Nacional del Ganado, lo cierto es que, FEDEGAN no actuó conforme a derecho, esto es, liquidando o finalizando el contrato de trabajo que sostenía con el actor desde el 12 de junio de 1989 e iniciando otro a través del Fondo Nacional del Ganado, sino que procedió a suscribir otro sí al mismo vínculo laboral suscrito desde el 12 de junio de 1989 precisando que la remuneración sería cancelada con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Ganado, lo que dio lugar a que para el cumplimiento de tal obligación se haya incluido al demandante en la nómina o en la estructura del Fondo Nacional del Ganado, pero realmente su vínculo laboral venía dado desde el 12 de junio de 1989, pues no obra prueba alguna que permita dilucidar con claridad y contundencia la finalización del primero contrato para el 31 de enero de 1995, y el nacimiento de otro con el Fondo Nacional del Ganado a partir del 1 de febrero de 1995.

Así las cosas, no fue desacertada la decisión de la juez primigenia en este respecto, debiéndose confirmar la sentencia de primer grado sobre este ítem, lo que da lugar al estudio del segundo problema jurídico relacionado con la indemnización por despido sin justa causa.

## Indemnización por despido

En ese orden, como quiera que la terminación del contrato de trabajo se presentó el 13 de febrero de 2017 (Fol. 96), y el Fondo Nacional del Ganado reconoció la indemnización por despido teniendo en cuenta como fecha inicial del vínculo laboral el 01 de febrero de 1995, debiendo serlo desde el 12 de junio de 1989, hay lugar a reconocer el faltante de la indemnización teniendo en cuenta como periodo laborado desde el 12 de junio de 1989 hasta el 13 de febrero de 2017.

En el caso particular, hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST, parágrafo transitorio, se reconocerán 45 días de salario por el primer año, y 40 días adicionales de salario por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Así las cosas, una vez realizado los cálculos de rigor, por este concepto le corresponde la suma de **\$252.219.567**, teniendo en cuenta como salario base, la suma de \$10.185.000 que obra a folio 94, lo que conlleva a la confirmación de la condena, ya que la a quo ordenó el reconocimiento del mismo valor.

SALARIO	\$10.185.000	SALARIO DIARIO
BASE INDEM	\$10.185.000	\$339.500
primer año 45 días	\$15.277.500	12/06/1989-11/06/1990
siguientes 40 días	\$353.080.000	12/06/1990-11/06/2016
Fracción	\$9.091.056	12/06/2016-13/02/2017
<b>TOTAL</b>	<b>\$377.448.556</b>	
<b>RECONOCIDO</b>	<b>\$125.228.989</b>	
<b>TOTAL DEBIDO</b>	<b>\$252.219.567</b>	

## Indexación

Como se ordenó la indexación de esta condena, se confirmará la misma, toda vez que al momento del pago de la condena ésta sufrirá los efectos del hecho notorio de la devaluación de la moneda, corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y desde la fecha en que se generó, esto es, 13 de febrero de 2017 hasta el momento efectivo del pago de la obligación.

Colofón de todo lo expuesto, se confirmará la sentencia en su integridad

## COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de FEDEGAN y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

## DECISIÓN

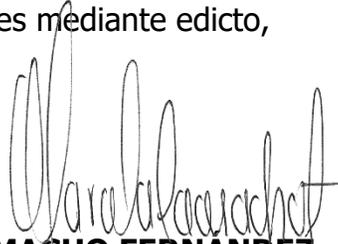
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de marzo del 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a favor del demandante, y a cargo de FEDEGAN. Las de primera se confirman.

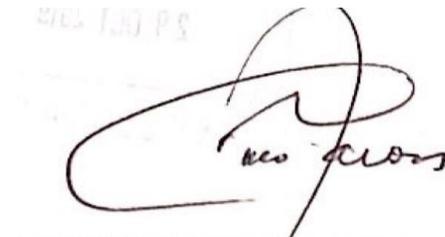
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

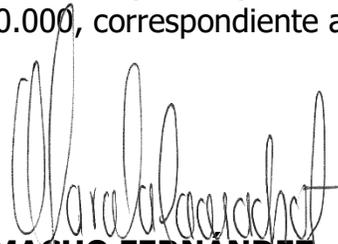


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia  
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*

## AUTO PONENTE

**COSTAS** en esta instancia a favor del demandante, y a cargo de FEDEGAN, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, correspondiente a 1 SMLMV.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LUIS ALFREDO TELLEZ CASAS  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-037-2020-00554-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** LUIS ALFREDO TELLEZ CASAS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS; que como consecuencia se ordene a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para retornar a COLPENSIONES; que se ordene a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual; que se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad en el RPMPD; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y finalmente que se condene a lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 20 de junio de 1961; que estuvo afiliado en pensiones al ISS desde el 18 de febrero de 1980 cotizando 782 semanas; que el 1° de abril de 1996 se trasladó a PORVENIR S.A.; que dicha AFP no le proporcionó la información suficiente y necesaria; que el 1° de noviembre de 1997 se trasladó a COLFONDOS S.A.; que COLFONDOS S.A. no le informó acerca de la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida conforme lo establece la ley 797 de 2003; que COLFONDOS S.A. le informó que el valor de su mesada pensional para el año 2023 sería de \$2.220.508, mientras que en el RPMPD obtendría una mesada de \$2.922.010; que el 30 de noviembre de 2020 solicitó a la AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES anular su afiliación al RAIS

(fols. 2 a 17 archivo No 1).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo 9); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones.

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación; que se encuentra

inmerso dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición; que el demandante también tenía obligaciones como consumidor financiero; que no hizo uso de su derecho a retractarse. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Pág. 2 a 31 archivo No 05).

**3.2 AFP COLFONDOS S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda presentando oposición a la totalidad de las pretensiones, señalando que la AFP sí le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de pensiones; que se le dio a conocer sobre la posibilidad del retracto, todo ello conforme la expresión de su voluntad contenida en el formulario de afiliación; que la afiliación se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y espontánea; que no se le está vulnerando su derecho pensional, dado que puede obtener la pensión de vejez en el RAIS, siempre y cuando cumpla los requisitos de ley; que se cumplió con las condiciones e instrucciones al respecto impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia; que en el evento de declarar la ineficacia, no se puede ordenar la devolución de gastos de administración y comisiones, ya que son conceptos descontados por disposición legal. Como excepciones de fondo rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (Fols. 1 a 20 archivo No 6).

**3.3 AFP PORVENIR S.A.** Contestó la demanda, con oposición a las pretensiones, bajo el argumento de que la vinculación fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia del formulario de vinculación; que no se prueba la falta de los elementos esenciales del acto jurídico; que tampoco se encuentra viciado el consentimiento con error, fuerza o dolo; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Pág. 1 a 23)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 17 de junio de 2021, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante, gravándolo en costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y las sentencias SL31989 de 2008, SL1451 de 2019 y la SL 1682 de 2019 señalando para tal efecto que si bien jurisprudencialmente se han fijado parámetros frente al deber de información exigible a las AFP, se debe analizar cada caso en particular, pues esta proscrito aplicar de manera objetiva la jurisprudencia.

En el caso concreto, consideró que el demandante en el interrogatorio de parte dio cuenta que para el 27 de marzo de 1996 el asesor de PORVENIR S.A. le informó las características propias del RAIS, entre estas que podía acceder a la pensión anticipada y la posibilidad de que los beneficiarios reciban las cotizaciones ahorradas en caso de

fallecimiento; que si bien se le manifestó que el ISS se iba a liquidar, ello no fue la única información que recibió; que asimismo, manifestó que se le informó de los requisitos para obtener la pensión en ambos regímenes, es decir, la AFP le suministró los parámetros mínimos exigidos para la época; que se le explicó que en el RAIS podía negociar la pensión, lo que no podía hacer en el régimen público; que la densidad de semanas de 782 al momento del traslado si fueron tenidas en cuenta, ya que con ello se le procedió a informar acerca de la pensión anticipada; que al realizar el traslado horizontal a COLFONDOS S.A. convalidó su traslado de régimen con la información recibida en el año de 1996.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por el **DEMANDANTE**, quien solicitó que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, señalando para tal efecto que PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de información; que el hecho de que le hayan informado sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente, solo es una de las muchas características del régimen de ahorro individual, ya que no se le informó cómo podía llegar a una pensión anticipada, los parámetros y montos, o cuanto capital se requiere; que sobre el tema de que en caso de fallecimiento lo ahorrado lo recibirían los beneficiarios, pasa exactamente lo mismo, ya que no se sabe si es para una pensión de sobrevivencia, además que fue una reunión corta; que no se cumplió con el deber de información, ya que son dos circunstancias muy pequeñas sobre todo lo que implica el RAIS; que las características de los dos regímenes son completamente diferentes; que le infundieron temor y miedo al decirle que el ISS iba a desaparecer, ya que no le dijeron que el régimen de prima media iba a continuar a pesar de la desaparición del ISS; que no se le habló de bono pensional ni cuanto capital requería para una pensión de garantía de pensión mínima, asimismo, no se le informó y entregó el plan de pensión de conformidad con el artículo 15 del Decreto 656 de 1994; que la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en determinar que el acto jurídico debe estar precedido de las características, riesgos y consecuencias del traslado de régimen; se debió aplicar la carga de la prueba a cargo de la AFP; que no es necesario probar vicios del consentimiento; que no se sabe las calidades del asesor, ni la experiencia de aquel; que se debe tener en cuenta las sentencias de la Corte Suprema de Justicia; que no se debe tener en cuenta la sentencia sobre los actos de relacionamientos; que en el traslado horizontal ni siquiera hubo asesoría.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**PORVENIR S.A.:** Solicita que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de declarar la ineficacia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

**DEMANDANTE:** Solicita que se revoque la sentencia y se acceda a la ineficacia del traslado, ello con fundamento en la abundante jurisprudencia que ha tocado el tema, en la que se exige una asesoría informada, lo que no aconteció con el actor.

**COLPENSIONES.:** Solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor LUIS ALFREDO TELLEZ CASAS, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 18 de febrero de 1980, con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (pág. 1 a 5)(ZIP contestación); que suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A. para el 07 de marzo de 1996 (Pág. 60 archivo No 7) y, que posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. con fecha del 10 de octubre de 1997 (Pág. 57 archivo No 07), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fols. 118 a 121 archivo No 01).

#### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar **todo aquello que resulte relevante y fundamental**, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se

le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C., siendo que en el caso concreto solo se arrió copia del formulario de vinculación, el cual, a lo sumo acredita el consentimiento, pero no informado como lo exige inveteradamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, obligaciones que no aparecen acreditadas por la AFP, pues su defensa solo lo es la suscripción del formulario de vinculación.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura del a quo al considerar que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, de tal manera que se accederá a la petición de la parte demandante en este punto, pues la AFP no allega ninguna probatura que acredite el cumplimiento del deber de información.

Ahora, debe decirse que si bien es cierto el demandante en el interrogatorio de parte manifestó que le informaron acerca de que podía pensionarse anticipadamente y que en caso de fallecimiento sus beneficiarios podían recibir las cotizaciones ahorradas, ello no resulta ser suficiente, ni tampoco se puede dar por acreditada la debida asesoría por parte de la AFP, pues el actor manifestó solo generalidades, sin que se tenga certeza de que la información brindada haya acaparado en su integridad todas las aristas que implica el traslado de régimen, es decir, no dio cuenta de que se le haya informado que debía tener un capital mínimo para poder optar por la pensión anticipada, sin que sea suficiente el hecho de que haya tenido aproximadamente 793.14 semanas para mayo de 1996, incluso, contrario a lo considerado por el a quo, tal densidad de semanas hubiera sido suficiente para informarle acerca de su panorama pensional a futuro, esto es, indicarle si lo más conveniente era trasladarse o continuar en el régimen de prima media con prestación definida, o indicarle por lo menos que para obtener la pensión anticipada debía realizar aportes muy por encima del ingreso base de cotización con el cual venía cotizando, entre otros aspectos que no fueron informados y que hacen insuficiente dar por acreditada la debida asesoría por parte de PORVENIR S.A.; no obstante, lo que si resultó ser el móvil del traslado era que el ISS se iba a liquidar, omitiendo informar que el régimen de prima media continuaría a pesar de la liquidación del ISS.

Lo mismo acontece con el hecho de que haya dicho que le informaron los requisitos mínimos para pensionarse en ambos regímenes, ya que de entrada se manifestó que la edad era de 62 años y 1.300 semanas, es decir, no tenía conocimiento acerca de los requisitos mínimos exigidos para el año de 1996, aunado a que, la información resulta

ser incompleta ya que ni siquiera dio cuenta el actor de las modalidades de pensión en el RAIS, pues solo hizo referencia a la pensión anticipada, cuando lo correcto y lo procedente por parte de la AFP era haberle suministrado de manera escrita por lo menos el "plan de pensiones" de que trata el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, documento que "*deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación*", empero, el mismo brilla por su ausencia.

Bajo el anterior panorama, resulta equivocada la posición del a quo al respecto, y por lo ello deberá revocarse la decisión de instancia.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales en su defensa que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que

el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

*"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno".*

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 07 de marzo de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexados, por así disponerlo entre otras en la sentencia SL1055-2022, y así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: ".../as <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se revocan, y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 17 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las entidades demandadas de las súplicas de la demanda, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó el señor LUIS ALFREDO TELLEZ CASAS, a la AFP PORVENIR S.A., lo que conlleva dejar sin efectos el posterior traslado realizado a COLFONDOS S.A., y como consecuencia de ello, retorne al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, la cual deberá recibir al demandante sin solución de continuidad en su afiliación, de conformidad con las consideraciones expuestas en este sentencia.

**SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) que traslade hacia COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, frutos e intereses; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados.

**TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., así como a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.

**QUINTO: CONDENAR en COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se revocan y correrán solo a cargo de las demandadas. Tásense.

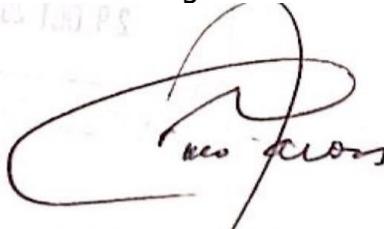
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** JOSE GUILLERMO SIERRA MARTINEZ Y OTROS  
**DEMANDADO:** AVIANCA S.A. Y OTRO.  
**RADICACIÓN:** 110013105-005-2018-00636-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADAS  
**TEMA:** CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** José Guillermo Sierra Ramírez, Hernando Samper Arango, Álvaro Rafael Estrada Hamburger y William Ricardo Amaya Tibamoso, instauraron demanda ordinaria contra AVIANCA S.A. y la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA, con el fin de que se DECLARE con cada uno de los actores la existencia de un contrato a término indefinido en los siguientes lapsos:

#	NOMBRE	DESDE	HASTA
1	José Guillermo Sierra Ramírez	01/06/2005	30/11/2017
2	Hernando Samper Arango	01/05/2005	30/11/2017
3	Álvaro Rafael Estrada Hamburger	15/05/2005	30/11/2017
4	William Ricardo Amaya Tibamoso	04/11/2005	30/11/2017

Igualmente, que se declare a la Cooperativa SERVICOPAVA como simple intermediaria; que se condene al pago de las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, vacaciones, dotación de calzado y vestido de labor, la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones, la indemnización por no consignación oportuna de las cesantías e intereses sobre las cesantías, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho; de manera subsidiaria, peticiona que se condene solidaria y mancomunadamente como responsables a las dos demandadas, por motivo de haber sido AVIANCA S.A. la beneficiaria directa de la labor de los demandantes.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron que ejercieron sus funciones en la ciudad de Bogotá a favor de AVIANCA S.A. por medio de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA, ejerciendo funciones que hacen parte del giro ordinario de AVIANCA S.A. y bajo su subordinación; que AVIANCA S.A. fue quien les proporcionó

los elementos y herramientas de trabajo, así como también el uniforme con los logos de la compañía; que durante el tiempo que prestaron sus servicios no les fueron pagadas las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios; que los servicios fueron prestados con maquinaria y equipamiento de AVIANCA S.A.; que se beneficiaron de una póliza de vida colectiva, cuyo tomador era AVIANCA S.A.; que las ordenes se hacían de forma verbal y escrita por medio de correos electrónicos por parte de AVIANCA S.A.; que hacían turnos rotativos en favor de AVIANCA S.A.; que en sus diferentes funciones debían ingresar a la plataforma Avancemos de Avianca S.A. a tomar continuas capacitaciones y evaluaciones respecto de sus funciones; que eran beneficiarios de los mismos servicios de comedor, transporte y tiquetes de Avianca que también eran otorgados a los trabajadores de planta; que las devoluciones por concepto de transporte sufragado por los demandantes era autorizado por AVIANCA S.A.; que durante la ejecución del contrato solo recibieron una dotación anual; que el 14 de marzo de 2016 el Ministerio del Trabajo y Avianca S.A. se comprometieron a realizar un acuerdo de formalización laboral; que en el año 2017 AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA fueron sancionadas económicamente por el Ministerio del Trabajo, conforme resolución no 2017001587 del 31 de agosto de 2017, por enmascarar relaciones laborales e infringir la ley laboral; que durante el tiempo de vinculación, ninguno ejerció acciones de socio cooperado frente a SERVICOPAVA, como la toma de decisiones frente a los rendimientos económicos, entre otros; que SERVICOPAVA notificó a los demandantes la decisión de desvincularlos del servicio a partir del 30 de noviembre de 2017; que SERVICOPAVA no cuenta con independencia financiera que le permita asumir los incumplimientos de los contratos y la satisfacción de sus obligaciones con sus recursos, ya que depende únicamente de lo recaudado por medio del contrato de AVIANCA S.A. (Fols. 460 a 496).

## **2. Contestaciones:**

**2.1 SERVICOPAVA.** Dio contestación oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que entre las partes nunca ha existido contrato de trabajo a término indefinido, ya que lo que existió fue un convenio de asociación, firmado y aceptado por las partes, de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de SERVICOPAVA; que el convenio de asociación con cada uno de los demandante finalizó bajo una causal objetiva, esto es, la finalización de la oferta mercantil suscrita con la empresa cliente que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2017 y la imposibilidad de reubicarlo a otro cargo asociativo al interior de SERVICOPAVA, ya que las demás ofertas con otros clientes finalizaron con corte al 30 de noviembre y 31 de diciembre de 2017; que fueron los mismos demandantes quienes presentaron solicitud de afiliación a la cooperativa; que la cooperativa de manera autónoma, independiente y autogestionaria, en los términos de la ley cooperativa, cubrió la totalidad de los procesos y sub procesos que no están dentro de la actividad misional de la empresa cliente. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción, y la genérica (fols. 1 a 64 archivo No 05)

**2.2 AVIANCA S.A..** Dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que los demandantes nunca prestaron servicios subordinados a favor de AVIANCA S.A. y menos que hayan recibido remuneración alguna por parte de esta, ya que de las pruebas obrantes en el proceso se constata que fueron cooperados de un tercero que prestó unos servicios para Avianca S.A.; que los servicios logísticos no son una tarea misional de Avianca S.A.; que de cualquier manera, el pago derivado de la alegada pero inexistente relación laboral ya está pago por la Cooperativa, ya que el régimen de compensaciones es homologa a las acreencias

laborales que se derivan de los contratos de trabajo. Propuso como excepciones de fondo las de ausencia de la relación laboral, ausencia de prestación de servicios a mi defendida, inexistencia de subordinación, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, libertad de empresa, buena fe, compensación, prescripción, inexistencia de las obligaciones, indebida aplicación de las normas legales, actividad no misional, enriquecimiento ilícito, y la genérica. (fols. 1 a 19 archivo No 7).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 08 de abril de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que la cooperativa de trabajo asociado SERVICOPAVA en liquidación ostentó la condición de simple intermediario; declaró que, entre los demandantes y AVIANCA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido, con cada uno, el cual finalizó sin justa causa, de la siguiente manera:

#	NOMBRE	DESDE	HASTA
1	José Guillermo Sierra Ramírez	01/06/2005	30/11/2017
2	Hernando Samper Arango	01/05/2005	30/11/2017
3	Álvaro Rafael Estrada Hamburger	15/05/2005	30/11/2017
4	William Ricardo Amaya Tibamoso	01/11/2005	30/11/2017

**CONDENÓ** a AVIANCA S.A. y solidariamente, a la cooperativa de trabajo asociado SERVICOPAVA en liquidación a pagar a los demandantes los siguientes conceptos:

Nombre/concepto	José Guillermo Sierra Ramírez	Hernando Samper Arango	Álvaro Rafael Estrada Hamburger	William Ricardo Amaya Tibamoso
Cesantías	\$ 15,214,906	\$ 22,086,179	\$ 18,771,700	\$ 18,503,943
% Cesantías	\$ 606,032	\$ 836,832	\$ 800,335	\$ 744,788
Prima de servicios	\$ 5,376,927	\$ 7,334,903	\$ 7,016,207	\$ 6,534,100
Vacaciones	\$ 2,688,463	\$ 3,667,451	\$ 3,508,103	\$ 3,267,050
Indem por despido	\$ 22,239,963	\$ 21,606,017	\$ 22,184,285	\$ 19,608,707
Indem moratoria cesantías	\$ 55,727,975	\$ 83,790,641	\$ 76,936,123	\$ 73,203,780
Indem moratoria	\$ 61,587,591	\$ 59,450,194	\$ 60,848,325	\$ 56,098,341

**CONDENÓ** a AVIANCA S.A. y solidariamente a la cooperativa de trabajo asociado, SERVICOPAVA en liquidación, a cancelar debidamente indexado los conceptos de vacaciones, indemnización por despido injusto y lo condenado por indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo, teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de noviembre 2017, y como IPC final el del mes anterior al respectivo del pago; en cuanto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, el valor condenado corresponde a los primeros veinticuatro meses, y a partir del mes veinticinco deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificada por la Superbancaria sobre el capital de adeudado por prestaciones sociales; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción con anterioridad al 30/11/2014, excepto por auxilios de cesantías. Finalmente, gravó en costas a cargo de las demandadas (Fol. 104 a 110 archivo No 7, con audiencia virtual)

Su decisión se basó en que debía determinar si entre cada uno de los demandantes y AVIANCA existió un contrato realidad, y sí SERVICOPAVA actuaba como simple intermediaria y por tanto es solidariamente responsable de las acreencias que solicitan los demandantes.

De manera concluyente para lo que interesa a los fines del recurso, consideró que bajo el principio de la realidad sobre las formalidades se configura los contratos de trabajo con cada uno de los demandantes y con AVIANCA S.A., fungiendo SERVICOPAVA como simple intermediaria, la cual debe responder de manera solidaria. Indicó que a pesar

de que los demandantes hayan aceptado y firmado los documentos vinculándose a la cooperativa, debe ponderarse que aquello es una simple formalidad escrita, para desconocer los derechos de los trabajadores y evadir las obligaciones laborales; que las cooperativas no pueden ser utilizadas para esconder trabajadores en misión y enviarlos a los clientes; que las funciones realizadas eran relacionadas con la operación en tierra de AVIANCA S.A., en las instalaciones del aeropuerto el Dorado y en el puente aéreo de AVIANCA; que la operación terrestre y su actividad desplegada por los actores, fue detallada por el propio testigo de la demandada Juan Pablo Arbeláez Arango; que la operación terrestre de una aerolínea hace relación a todo lo que tiene que ver con parqueo de aviones, desembarque de pasajeros y equipaje para las diferentes conexiones, lo que constituye una actividad misional de una aerolínea; que es inherente a una aerolínea el transporte de personas y cosas, y por ello es que recibieron capacitaciones, sin embargo, AVIANCA decidió tercerizar de forma irregular; que no se demostró que SERVICOPAVA tuviera músculo financiero o logística necesaria, así como entrenados y capacitados a los cooperados para asumir la operación; que el origen de toda capacitación es de AVIANCA, independientemente de que se delegue y transfiera ese conocimiento a los cooperados; que todos los protocolos y los procesos que se manejan son elaborados por AVIANCA y no por SERVICOPAVA; que la operación terrestre fue realizada en las instalaciones de AVIANCA; que en la operación terrestre, se utilizaron los elementos de propiedad de AVIANCA, sin que pueda ello desvirtuarse con el contrato de comodato precario, constituyendo en un fraude a la legislación laboral el que AVIANCA y SERVICOPAVA hayan suscrito contrato de comodato precario por más de 14 años y de forma gratuita, prestando sus elementos para la operación aérea, y para que los cooperados ejercieran su labor; que debe tenerse en cuenta como indicio la sanción impuesta por el Ministerio del Trabajo, que da cuenta de un actuar irregular y utilización fraudulenta de las cooperativas de trabajo asociado; que los testigos Marlene Infante Prado, directora administrativa de la cooperativa y Meryein Amado Orozco, analista de talento humano de la cooperativa, solo reiteraron el aspecto formal del manejo de la cooperativa; que hay total orfandad probatoria de SERVICOPAVA respecto de su verdadera función y su verdadero despliegue de actividades como cooperativa; que todos los trabajadores tenían que rendirle y acatar las instrucciones de los "duty managers" para ejercer su labor; que respecto al horario, estaba sujeto a la operación diaria; que las ordenes fueron continuas dado que la operación aérea también lo es, además que los turnos los asignaba AVIANCA; que existía una plataforma AVANCEMOS o ADVANCE, donde se inscribían los cooperados para las capacitaciones y para la logística de su actividad; que en síntesis, que ante los hechos evidentes, claros, diáfanos, transparentes, que vistos en conjunto, permiten llegar a una única conclusión de que la verdadera relación laboral fue con AVIANCA y SERVICOPAVA actuó como verdadera intermediaria.

Frente a la compensación, manifestó que ninguna actuación con fraude a la ley puede generar derecho alguno, así como también que, ni la culpa ni la torpeza de una parte puede generar derechos a su favor, y que en gracia de discusión, la compensación operaría, si se hubiese demostrado en juicio que alguna de las demandadas canceló efectivamente por concepto de prestaciones sociales, cesantías o intereses tal o cual suma, lo que no se encuentra demostrado, sin que se pueda inferir que los auxilios o compensaciones otorgadas hagan relación o se asimilen a las prestaciones sociales, cesantías e intereses.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, fue interpuesto recurso de alzada por las siguientes partes procesales:

**5.1 SERVICOPAVA.** Manifiesta que debe revocarse la decisión de primera instancia, habida cuenta que quedó demostrado que los demandantes jamás tuvieron la calidad de trabajadores en ejecución de un contrato de trabajo, sino que por el contrario, siempre fueron vinculados a través de unos convenios de asociación, que no fueron tachados de falsos por ninguno de los actores, máxime que en el interrogatorio de parte confesaron haber suscritos de manera libre, consciente y voluntaria tales documentos; que no hay lugar a ninguna indemnización por despido injusto, toda vez que la relación de los actores no se terminó de manera caprichosa o de manera arbitraria por la cooperativa, sino que obedeció a la finalización o terminación de la oferta mercantil con AVIANCA, y también a la totalidad de las ofertas mercantiles que tenía SERVICOPAVA, tanto así que hoy SERVICOPAVA se encuentra disuelta y en proceso de liquidación; que la naturaleza asociativa de los demandantes quedó completamente demostrada con las confesiones de los actores, así como los testimonios; que la cooperativa siempre les pagó sus compensaciones quincenales, semestrales, compensaciones de descanso anual, compensaciones anuales y rendimientos a esas compensaciones anuales, pagos que fueron completamente desatendidos por el juez de primera instancia, generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de los actores; que independientemente la modalidad como se cancelado, es claro que ellos tuvieron acceso a las compensaciones, única y exclusivamente por el aporte de trabajo asociado que ellos realizaron; que se estaría generando un doble pago y además indexado, el cual genera un enriquecimiento sin causa a favor de los actores, y a la vez un detrimento para SERVICOPAVA y AVIANCA; que se está desconociendo los pagos efectivamente recibidos por parte de los actores; que el pago a seguridad social y los aportes fueron entregados exclusivamente por SERVICOPAVA a los demandantes, es decir, son pagos de dinero efectivamente entregados y recibidos, y que no pueden desconocerse, además que se puede evidenciar en el paz y salvo en la liquidación definitiva de cada uno; que en el material probatorio, existen capacitaciones dadas por SERVICOPAVA, y que si bien existieron capacitaciones dictadas por la empresa cliente, ello fue bajo un acuerdo realizado o estipulado desde el inicio de la oferta mercantil celebrada entre AVIANCA y SERVICOPAVA, y ello no obedeció a un capricho o en aras de defraudar la ley, sino por un tema de seguridad; que no se entiende como llega a la conclusión de que el hecho de que las capacitaciones fueran dadas por un tercero acreditado, podría generar un tema de intermediación por parte de la empresa cliente AVIANCA; que a las cooperativas de trabajo asociado no se les aplica las normas laborales por definición legal consignado en el artículo 70 de la Ley 79 de 1988; que los asociados y los usuarios, según el caso, son los dueños y su aporte puede ser en dinero, en especie o en industria, tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C-211 del 2000; que las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre de varias personas de asociarse para trabajar mancomunadamente bajo sus propias reglas, según los respectivos reglamentos internos o estatutos; que las relaciones entre los asociados de las cooperativas se encuentran al margen de las normas que regulan las relaciones laborales, siendo esta una de las razones por las cuales, a los demandantes no se les pagó cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones o primas, sin embargo, si se les pagó los mismos conceptos, pero con los términos propios de una cooperativa de trabajo asociado.

**5.2 AVIANCA S.A.** Afirma que no se tuvo en cuenta los argumentos esbozados por AVIANCA para defender sus derechos frente a la situación que llevó a tener un vínculo de asociación entre SERVICOPAVA y los demandantes; que AVIANCA no tiene absolutamente nada que ver frente a la situación de la cooperativa; que de una manera dura endilga a AVIANCA el haber actuado con artimañas, de una forma abusiva, irregular, fraudulenta, pero que en ningún momento corresponden con el actuar de

AVIANCA; que las pruebas que se presentaron no fueron objeto de tacha, y fueron muy claras en que AVIANCA nada tiene que ver con la vinculación asociativa de los demandantes; que debe tenerse en cuenta los alegatos en todas sus partes para, en ese orden, declarar probadas las excepciones de fondo propuestas; que aspira que se revoque el fallo de primer grado, absolviendo a AVIANCA de las pretensiones, y condenándose en costas a la parte actora.

**6. Alegatos de conclusión.** La apoderada judicial de la parte demandante, solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que se presentó una tercerización irregular, ya que las actividades de los actores desarrollaron el giro ordinario del objeto social de AVIANCA S.A., entidad que fungió como verdadera empleadora.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada (AVIANCA S.A.) logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? (ii) ¿La demandada SERVICOPAVA CTA y AVIANCA S.A. son solidariamente responsables de las acreencias debidas a los demandantes? (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de compensación a favor de SERVICOPAVA CTA?

#### **i) Relación laboral**

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior para significar que en materia laboral, la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación*

*jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada”*(criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada AVIANCAS.A. tuvo lugar en los períodos comprendidos, así:

#	NOMBRE	DESDE	HASTA
1	José Guillermo Sierra Ramírez	01/06/2005	30/11/2017
2	Hernando Samper Arango	01/05/2005	30/11/2017
3	Alvaro Rafael Estrada Hamburger	15/05/2005	30/11/2017
4	William Ricardo Amaya Tibamoso	01/11/2005	30/11/2017

Prestación personal del servicio y extremo temporal inicial y final que fueron aceptados por Cooperativa de Trabajo Asociado “SERVICOPAVA CTA” con la precisión de que se trató de acuerdo cooperativo de trabajo asociado con vigencia hasta 30 de noviembre de 2017. AVIANCA S.A. por su parte, negó la existencia de relación laboral.

De lo anterior también da fe la documental de folio 4 a 71, en relación con JOSE GUILLERMO SIERRA RAMIREZ, en la que obra solicitud y aprobación de admisión como trabajador asociado, liquidación definitiva de compensaciones, donde se hace alusión a que el señor JOSE GUILLERMO SIERRA RAMIREZ prestó sus servicios en la Cooperativa SERVICOPAVA CTA desde el 01 de junio de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2017 como “Líder de operaciones terrestres” en AVIANCA S.A., y resolución de retiro de labores No 978 del 27 de noviembre de 2017, mediante la cual SERVICOPAVA CTA sustentó la decisión de finalizar el vínculo cooperativo debido a “la finalización de la oferta mercantil con la empresa cliente Avianca”.

En lo que refiere al demandante HERNANDO SAMPER ARANGO, debe tenerse en cuenta la documental que descansa a folios 115 a 200, y 326 archivo No 1, en la que obra solicitud y aprobación de admisión como trabajador asociado, liquidación definitiva de compensaciones, donde se hace alusión a que el señor HERNANDO SAMPER ARANGO, prestó sus servicios en la Cooperativa SERVICOPAVA CTA desde el 01 de mayo de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2017 como “Líder de operaciones terrestres” en AVIANCA S.A., y resolución de retiro de labores No 986 del 27 de noviembre de 2017, a través de la cual SERVICOPAVA CTA tomó la decisión de finalizar el vínculo cooperativo debido a “la finalización de la oferta mercantil con la empresa cliente Avianca”.

Respecto al demandante ALVARO RAFAEL ESTRADA HAMBURGER, debe tenerse en cuenta la documental que corre a folios 295 a 382, en la que obra solicitud y aprobación de admisión como trabajador asociado, liquidación definitiva de compensaciones, donde se hace alusión a que el señor ALVARO RAFAEL ESTRADA HAMBURGER, prestó sus servicios en la Cooperativa SERVICOPAVA CTA desde el 15 de mayo de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2017 como “Líder de operaciones terrestres” en AVIANCA S.A., y resolución de retiro de labores No 1081 del 27 de noviembre de 2017, en la que SERVICOPAVA CTA argumentó que la decisión de finalizar el vínculo cooperativo obedecía a “la finalización de la oferta mercantil con la empresa cliente Avianca”.

Finalmente, frente al demandante WILLIAM RICARDO AMAYA TIBAMOSO, debe tenerse en cuenta la documental que milita a folios 520 a 601, en la que obra solicitud y aprobación de admisión como trabajador asociado, liquidación definitiva de compensaciones, donde se hace alusión a que el señor WILLIAM RICARDO AMAYA TIBAMOSO, prestó sus servicios en la Cooperativa SERVICOPAVA CTA desde el 45 de mayo de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2017 como “Líder de operaciones terrestres” en AVIANCA S.A., y resolución de retiro de labores No 993 del 27 de noviembre de 2017, mediante la cual SERVICOPAVA CTA adoptó la decisión de finalizar

el vínculo cooperativo debido a "la finalización de la oferta mercantil con la empresa cliente Avianca".

Lo anterior lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde la empresa encartada deberá desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de "*reus, in excipiendo, fit actor*", cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436 de 2021, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

*"una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.*

*(...)*

*a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.*

*(...)*

*la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub iudice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones".*

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un "*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*"

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompañan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

*(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que AVIANCA S.A. no logró derribar la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues nótese que el testigo Juan Pablo Arbeláez Arango, quien inicialmente laboró para SERVICOPAVA y luego directamente para AVIANCA S.A. dio cuenta de circunstancias esenciales para entender cómo se desarrolló la prestación del servicio en lo atinente a la operación terrestre de la aerolínea Avianca, explicando que existe un cargo en Avianca llamado "Duty manager", quien *"es como la persona responsable de un turno por la operación, asegurar que la operación pues de la aerolínea se cumpla y que los diferentes aliados estratégicos, todas las áreas estén empujando como en la misma dirección"*, asimismo, ante la pregunta de si SERVICOPAVA tenía un proceso diseñado para la operación terrestre, manifestó: *"No, la industria o esta industria funciona en que son las aerolíneas las que tienen su manuales de cómo se debe atender la operación de acuerdo a lo que están buscando, (...), bueno dependiendo de lo que la aerolínea quiera diseñe sus manuales, y bajo estos estándares es que los aliados estratégicos, SERVICOPAVA, terceros, etcétera deben cumplir las funciones"*.

En efecto, en el caso de AVIANCA S.A. obra a folio 175 a 253 el manual de funciones área de conexión de la Gerencia de Operaciones Terrestres de AVIANCA S.A., en la que se detallan turnos de operación, asimismo, obra el manual administrativo de aeropuertos, en el que se encuentra catalogado el cargo de "agente/operaciones terrestres BOG (conexiones) e incluso, se aprecia un acápite de "delegación de responsabilidades", en el que aparece como titular el "supervisor/líder de operaciones terrestres", quien en caso de ausencia puede delegar al "líder de rampa asignado", es decir, se evidencia que el cargo desempeñado por los actores hace parte de la estructura interna de AVIANCA S.A. y se encuentra subordinado al "dutymanager" quien es responsable de la operación, cuyos parámetros de realización de la labor están determinados por AVIANCA S.A. conforme a sus manuales y estructura interna.

De igual manera, se aprecian las funciones del "líder de Terminal Operaciones Terrestres (aplica estación BOG), quien es el encargado de planificar la operación diaria de la División de Operaciones Terrestres, y entre una de sus tantas funciones, tiene la de "realizar la programación de atención de aeronaves, de acuerdo con el grupo de líderes asignados", igualmente, "Coordinar la asignación de los líderes de Operaciones Terrestres para los vuelos head star". A su vez, también se encuentran detalladas las funciones del "líder de Operaciones Terrestres", quien le reporta al "líder de Terminal

de Operaciones Terrestres”, y entre otras “supervisa todas las operaciones en tierra y al personal que labora alrededor de la aeronave, en el cumplimiento de los estándares y políticas y procedimientos de seguridad de la compañía”, así como también, es “responsable de cumplir y aplicar los lineamientos de seguridad integral establecidos en Avianca Holdings en sus actividades”.

Lo anterior para significar que de ninguna manera puede sostenerse que la labor desempeñada por los aquí demandantes pueda realizarse a través de una cooperativa de trabajo asociado, y por ello, ciertamente como lo concluyó el a quo, lo que aconteció fue una tercerización irregular, pretendiendo socavar los derechos de los aquí demandantes, quienes ejercieron un cargo ligado íntimamente a la operación diaria de AVIANCA S.A. y que desarrolla de manera directa su objeto social, pues conforme el certificado de existencia y representación legal, se dedica al “transporte aéreo en todas sus ramas”, en el que necesariamente para su operación debe contar con los “líderes de operaciones terrestres”, esto es, personal dedicado “coordinar de una forma amable con las diferentes áreas, que realicen sus funciones en el tiempo establecido, para la atención y despacho de las aeronaves” (Fol. 237 archivo No 1), cargo que desempeñaron los actores al servicio directo de AVIANCA S.A.

Ahora, en lo que tiene que ver con la realización del trabajo en el lugar definido por el beneficiario del servicio, o lo referente al suministro de herramientas y materiales, acota la Sala que, entre SERVICOPAVA CTA y AVIANCA S.A. se suscribieron varios contratos u otros sí al “contrato de comodato precario” (Fols. 156 a 496) en los que se le entregó a SERVICOPAVA CTA a “título de comodato precario o préstamo de uso a título gratuito de la maquinaria, herramienta y enseres que se describen en el anexo 1”, con el fin de cumplir la oferta mercantil suscrita con AVIANCA S.A., cuyo objeto era “prestar servicios de soporte en actividades no misionales de la empresa cliente” (Fol. 499), lo que deja en evidencia que los elementos de producción no eran de la CTA, y en ese orden, se trasgrede lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2025 de 2011 y artículo 8° del Decreto 4588 de 2006, y a la vez, resulta contrario a lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha edificado al respecto, como se puede apreciar en la sentencia SL3436-2021, en la que dijo:

*“Así, se ratifica lo que esta Corte ha adoctrinado de forma reiterada en su jurisprudencia, en el sentido que en el marco del cooperativismo un elemento distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento indicativo que la entidad cooperativa no tiene la capacidad estructural, económica y administrativa para ofrecer un servicio especializado”.*

Tampoco se puede dejar de lado que durante la permanencia de los accionantes se le realizaron algunas capacitaciones, las cuales si bien se rotularon con el logo de la CTA SERVICOPAVA, reflejando desde el punto de vista formal la relación de asociados, lo cierto es que en el plano material, los demás elementos de prueba valorados en conjunto dan cuenta que la CTA SERVICOPAVA solo se limitó a remitir trabajadores a AVIANCA S.A., quien en últimas fue la directamente beneficiaria del servicio desplegado por los demandantes, máxime cuando quedó acreditado que las herramientas, maquinarias y demás elementos eran de AVIANCA S.A., socavándose por parte de la CTA lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006.

En relación con la prueba testimonial, se debe resaltar que las deponentes Marleny Infante Prada y Maryein Amado, solo dieron cuenta de aspectos formales del ingreso y pago de ciertos derechos económicos en la CTA, pero nada refieren en lo tocante a

circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se ejecutó la prestación del servicio en los sitios donde los actores prestaron su fuerza laboral como "líder de operaciones terrestres", aunado a que, en lo que se refiere a los interrogatorios de parte, nada aporta al proceso, pues ninguna confesión de las partes absolventes se logra extraer, por el contrario, del interrogatorio de parte del representante legal de AVIANCA S.A. se logra extraer que algunas capacitaciones las realizaba AVIANCA S.A., lo que reafirma aún más que la CTA SERVICOPAVA no tenía autonomía, autocontrol, y menos que hubiera sido dueña de los medios de producción.

De lo expuesto fluye inequívoca la conclusión a la que llegó el cognoscente de instancia, al inferir que la CTA solo fungió como una entidad de suministro de personal, desdibujándose los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de una relación cooperativa. Ahora, el hecho de que los actores hayan ingresado a la Cooperativa a través de su propia solicitud, el que hubieran recibido compensaciones en vez de salario y que se evidencien algunas capacitaciones por parte de Servicopava CTA, no acarrea que la prestación del servicio se haya desarrollado de manera autónoma, ya que de la prueba documental y testimonial atrás referida se desprende que prestaron sus servicios en favor de AVIANCA S.A. quien le determinaba los turnos, empresa que al igual que SERVICOPAVA fue sancionada por parte del Ministerio del Trabajo mediante Resolución No 2017001587 del 31 de agosto de 2017, por irregularidades en la tercerización laboral, desnaturalizándose completamente la supuesta relación que como asociados tenían los actores con SERVICOPAVA CTA, cobrando fuerza la posición del juez primigenio, según la cual, la relación existente entre los demandantes y la CTA solo fue formal, pues en el plano material SERVICOPAVA CTA solo fungió como empresa dedicada al suministro de personal, función para la cual no estaba autorizada, pues no tiene la naturaleza de Empresa de Servicios Temporales.

Debe decirse que el hecho de que los actores formalmente hayan tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad hayan firmado un formato sometiéndose a lo dispuesto en los estatutos de la cooperativa, no significa que deba tenerse como cooperados, descartándose la existencia de la relación laboral, pues precisamente allí es donde toma mayor relevancia el principio de la realidad sobre las formalidades, máxime cuando en el sub lite no obra probanza alguna de que los actores en calidad de asociados hubieran participado en la toma de decisiones respecto de los excedentes que genere la cooperativa u otros aspectos propios del trabajo autogestionario, sin que la simple participación formal en el ingreso de asociados, tenga la entidad suficiente para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de las demandadas para argumentar que se trató de un vínculo cooperado carente de subordinación resulta desatinado cuando el material probatorio demuestra que la actividad personal no se ejecutó con autogestión y autonomía sino con las características propias de una relación de naturaleza laboral, esto es, en desarrollo de una actividad misional, dependiente o subordinada, por un largo periodo de tiempo, en el lugar y horario asignado por AVIANCA S.A.

Siendo ello así, queda claro que no fue equivocada la decisión de instancia en este aspecto, debiéndose impartir confirmación de la sentencia sobre el particular.

## **Solidaridad**

Respecto de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA basta con traer a colación lo establecido en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, que establece:

*"Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, **la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.***

En efecto, como quedó dicho con antelación, al fungir la CTA SERVICOPAVA como simple intermediaria, debe responder solidariamente por las obligaciones laborales objeto de condena a cargo de AVIANCA S.A.

### **Indemnización por despido**

Refiere la CTA SERVICOPAVA que no hay lugar a ninguna indemnización por despido injusto, toda vez que la relación de los actores no se terminó de manera caprichosa o de manera arbitraria por la cooperativa, sino que obedeció a la finalización o terminación de la oferta mercantil con AVIANCA, y también a la totalidad de las ofertas mercantiles que tenía SERVICOPAVA con otros clientes; no obstante, considera la Sala que al haberse declarado la relación laboral directa con AVIANCA S.A., es este quien fue en realidad el empleador de los actores, y por ende, la terminación del contrato referida a la finalización de la oferta mercantil entre SERVICOPAVA y AVIANCA S.A. no constituye justa causa, pues lo que finalizó fue la relación comercial entre esas dos entidades, y nada se dice respecto al cargo que ocupaban los actores, además que conforme el manual de operaciones terrestres de AVIANCA S.A., como se analizó con anterioridad, hacen referencia a que el cargo de líder de operaciones terrestres es un cargo misional de la entidad y desarrolla su objeto social como empresa dedicada al transporte aéreo.

### **Compensación**

En cuanto a la solicitud de que sean compensadas las condenas ordenadas en este proceso, debe tenerse en cuenta el artículo 1625 del Código Civil, señala que para la configuración de la excepción de compensación se requiere la existencia simultánea de obligaciones recíprocas entre las partes, es decir, que estos sean deudores y acreedores entre sí, a fin de mantener un equilibrio en el patrimonio de los contendientes (CSJ SL1982-2019).

En este asunto, como quiera que la CTA propuso la excepción de compensación, y fue condenada de manera solidaria, hay lugar a estudiar dicho medio exceptivo, precisando que se allegó por parte de SERVICOPAVA el régimen de compensaciones (Fols. 122 a 129 archivo No 05), en la que se detalla en el capítulo II las clases de compensaciones y en el capítulo III los beneficios, auxilios y otros pagos que no constituyen compensación.

Ahora, la entidad demandada SERVICOPAVA anexa el reporte de las compensaciones y demás beneficios otorgados a los demandantes.

En ese orden, se aprecia que se reconocieron entre otras, la compensación ordinaria, la compensación semestral, el beneficio por navidad, el beneficio por descanso, la bonificación por descanso, anticipo auxilio anual y rendimientos auxilio anual, y auxilio semestral, la cual, contrastada con la condena aquí impuesta y con el régimen de compensaciones, da lugar a compensar como único concepto el de "bonificación por

descanso" el cual consiste según el artículo 15 al derecho que *"todo trabajador asociado que cumpla un año de labores asociativas en la cooperativa, tendrá disfrutar de un periodo de descanso anual remunerado de mínimo quince (15) días calendario durante el cual recibirá proporcionalmente la compensación ordinaria y extraordinaria mensual que este devengando el día en que comience a disfrutar de él"*, es decir, hace relación al concepto de vacaciones que fue ordenado en la condena de primera instancia, por tanto, del valor total ordenado para cada uno de los demandantes se compensará lo correspondiente, como a continuación se detalla. Precizando que este concepto se encuentra inmerso en el capítulo II de compensaciones, el cual era erogado por parte de la CTA a diferencia de los demás conceptos referidos en el capítulo III puesto que estos últimos nacían del aporte del trabajador, como se verá más adelante.

En cuanto al JOSE GUILLERMO SIERRA RAMIREZ, de la documental de folio 60 a 71, obra la relación de emolumentos recibidos y liquidación definitiva de compensaciones, donde se puede extraer que recibió por concepto "bonificación por descanso anual" desde el 30 de noviembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2017, los siguientes valores: \$1.455.288 año 2016, \$1.207.716 año 2017, y \$530.426 en la liquidación final, para un total de \$ 3.193.430, valor que será compensado del total por este rubro a la cual fue condenadas las demandadas, esto es, \$2.688.463, suma que es inferior a la reconocida por SERVICOPAVA, lo que da lugar a absolver a las demandadas de tal emolumento condenado.

En lo que refiere al demandante HERNANDO SAMPER ARANGO, de la documental de folio 177 a 200, obra la relación de emolumentos recibidos y liquidación definitiva de compensaciones, donde se puede extraer que recibió por concepto "bonificación por descanso anual" desde el 30 de noviembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2017, los siguientes valores: \$989.641 año 2015, \$1.069.245 año 2016, \$1.129.886 año 2017 y \$512.225 en la liquidación final, para un total de \$ 3.700.997, valor que será compensado del total por este rubro a la cual fue condenadas las demandadas, esto es, \$3.667.451, suma que es inferior a la reconocida por SERVICOPAVA, lo que da lugar a absolver a las demandadas de tal emolumento condenado.

Respecto al demandante ALVARO RAFAEL ESTRADA HAMBURGER, de la documental de folio 357 a 382, obra la relación de emolumentos recibidos y liquidación definitiva de compensaciones, donde se puede extraer que recibió por concepto "bonificación por descanso anual" desde el 30 de noviembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2017, los siguientes valores: \$747.137 año 2015, \$849.694 año 2016, \$1.200.303 año 2017 y \$538.067 en la liquidación final, para un total de \$ 3.335.201, valor que será compensado del total por este rubro a la cual fue condenadas las demandadas, esto es, \$3.508.103, suma que al ser superior, queda un insoluto por reconocer de \$172.902, lo que da lugar a modificar tal emolumento condenado.

Finalmente, frente al demandante WILLIAM RICARDO AMAYA TIBAMOSO, de la documental de folio 582 a 601, obra la relación de emolumentos recibidos y liquidación definitiva de compensaciones, donde se puede extraer que recibió por concepto "bonificación por descanso anual" desde el 30 de noviembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2017, los siguientes valores: \$798.246 año 2015, \$849.194 año 2016, \$849.730 año 2017 y \$958.146 en la liquidación final, para un total de \$ 3.455.316, valor que será compensado del total por este rubro a la cual fue condenadas las demandadas, esto es, \$3.267.050, suma que es inferior a la reconocida por SERVICOPAVA, lo que da lugar a absolver a las demandadas de tal emolumento condenado.

En lo que respecta a la compensación semestral y beneficio por navidad, no puede sostenerse que equivale a la prima legal, ya que no se encuentra relacionada en el capítulo III del régimen de compensaciones, es decir, no se tiene certeza a que equivale, y no puede la Sala hacer inferencias solo con que se reporte en la planilla de pagos en el mes de junio o diciembre.

En lo que tocante al anticipo auxilio anual y rendimientos auxilio anual, es un concepto que no puede confundirse con las cesantías e intereses a las cesantías, ya que, si bien se reconoce una compensación mensual ordinaria por cada año completo de servicios, su naturaleza no es análoga a la de las cesantías, máxime cuando las cesantías deben obligatoriamente consignarse a un fondo de pensiones. Asimismo, nótese que los conceptos de anticipo auxilio anual y rendimientos auxilio anual, y auxilio semestral se financian a través de un fondo social que es "alimentado" por "las contribuciones de los asociados", tal como se expresa en el artículo 33 del régimen de compensaciones, el cual es completamente irregular si se asimila a las prestaciones que reconoce el empleador, pues los conceptos de cesantías, intereses, y prima de junio y diciembre, son a cargo exclusivo del empleador.

En lo que hace alusión a la compensación ordinaria y extraordinaria, ninguna disquisición se hará al respecto, dado que no se fulminó condena por salario mensual insoluto.

### **Respecto a las demás condenas impuestas en primera instancia**

Esgrimen las apoderadas judiciales de la parte pasiva, que está en contra de todas las condenas, y que debe darse prosperidad a todas las excepciones propuestas, revocando la condena de primera instancia.

Al respecto basta con señalar, que como ya lo ha decantado la Sala, la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para destruir los fundamentos en los que el Juez de primera instancia basó las respectivas condenas. No obstante, en el sub-examine la parte pasiva se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad en lo tocante a la existencia de la relación laboral, sin fundamentación alguna respecto a las demás condenas impuestas por el A quo, y en este sentir, nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

*"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada**". (Negrilla y Subrayas ex-texto)*

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a las demás condenas impuestas por el A quo, pues *de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas*, las cuales son consecuencia de la declaratoria

de la existencia del contrato de trabajo entre ambas partes del litigio, pues la simple afirmación escueta de estar en contra de todas las condenas o que se revoque la decisión, no abre camino para el estudio por vía de apelación de cada una de las condenas impuestas.

## **COSTAS**

Costas a cargo de AVIANCA S.A. por no prosperar el recurso de apelación, sin costas a cargo de SERVICOPAVA CTA por haberle prosperado el recurso parcialmente. Las de primera se confirman.

## **DECISIÓN**

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** de los numerales **TERCERO, QUINTO y NOVENO** de la sentencia proferida el 08 de abril del 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, SOLO los sub numerales 4), relacionado con la compensación de las vacaciones en dinero, junto con su indexación, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas AVIANCA S.A. y solidariamente a SERVICOPAVA, de aquella pretensión referida a los demandantes JOSE GUILLERMO SIERRA RAMIREZ, HERNANDO SAMPER ARANGO, y WILLIAM RICARDO AMAYA TIBAMOSO, de conformidad con las consideraciones expuestas en este proveído.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral **SÉPTIMO**, en lo referido al sub numeral 4), de la sentencia proferida el 08 de abril del 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

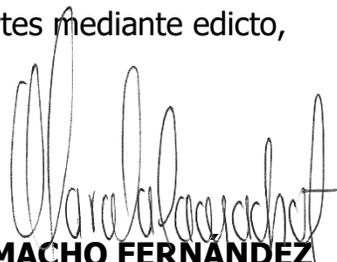
**"SÉPTIMO: (...)**

*"4. \$172.902, por concepto de compensación en dinero de las vacaciones. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de noviembre 2017 y como IPC final, el del mes anterior en que se efectúe el pago".*

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia materia de apelación.

**CUARTO: CONDENAR** en costas en favor de la parte demandante y a cargo de **AVIANCA S.A.**. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado  
(Salva voto)



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** a cargo de **AVIANCA S.A.**, fijándose como agencias en derecho en favor de JOSE GUILLERMO SIERRA RAMIREZ, HERNANDO SAMPER ARANGO, ALVARO RAFAEL ESTRADA HAMBURGER y WILLIAM RICARDO AMAYA TIBAMOSO en la suma de un SMLMV, correspondiente a \$1.000.000, a favor de cada uno.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** OSCAR ALFONSO OSPINO MARTINEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-020-2021-00552-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** OSCAR ALFONSO OSPINO MARTINEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación del RPMPD al RAIS; que como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. retornar al demandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses a Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a recibirlo en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliado al ISS desde el 26 de junio de 1992 hasta el 30 de agosto de 1998, acumulando 320.6 semanas; que en el mes de julio de 1998 se trasladó a PORVENIR S.A.; que el asesor de PORVENIR S.A. le manifestó que en el RAIS obtendría mayores rendimientos y que podía pensionarse en el momento que quisiera; que el 20 de mayo de 2021 solicitó a PORVENIR S.A., y COLPENSIONES se declare la nulidad o ineficacia del traslado y el retorno al régimen de prima media con prestación definida, pero le fue negada a través de respuestas del 15 de junio y 25 de mayo de 2021, respectivamente; que en Colpensiones obtendría una mesada pensional a los 62 años de \$1.792.448. (fols. 2 a 20 archivo No 01).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 11 y 12 archivo No 04); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, señalando para tal efecto que no obra prueba alguna de que se hubiese hecho incurrir en error o falta de información, o que se esta en presencia de algún vicio en el consentimiento; que no se evidencia nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad; que el traslado fue libre y voluntario; que no se cumplen los presupuestos de la sentencia SU062 de 2010, ya que está a menos de 10 años para pensionarse. Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Fols. 2 a 39 archivo No 05).

**3.2 PORVENIR S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que el demandante suscribió formulario de afiliación de forma libre, espontánea y completamente informada, razón por la cual el traslado se considera válido; que no es procedente la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, y tampoco se evidencia causa y objeto ilícito; que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la ineficacia opera frente a actor que impidan o atenten contra el derecho de afiliación, y en el caso concreto ni se alegan ni se acreditan por la parte demandante. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (fols. 2 a 23 archivo No 03).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 28 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por el demandante; declaró como aseguradora del demandante a COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor, y finalmente condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, Artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y las sentencias SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, y finalmente la SL373 de 2021, señalando para tal efecto que le correspondía a la AFP Porvenir brindar la información correspondiente al demandante al momento del traslado; que se le debió informar que dicha decisión podría tener consecuencias graves; que la AFP no obró en consonancia con el principio de eficiencia; que el formulario de afiliación a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; que la carga probatoria debe invertirse a favor de la parte actora; que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, ya que no allegó ningún elementos probatorio que acredite haber cumplido con el deber de información, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, y ordenó a la AFP Porvenir S.A., devolver la totalidad de los aportes junto con los rendimientos financieros. Declaró impróspera la excepción de prescripción por tratarse de un derecho íntimamente ligado al derecho pensional, y finalmente, impuso costas a las demandadas.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la misma, señalando que la decisión afecta el principio de sostenibilidad del sistema, además que no se respeta la prohibición legal de faltarle los 10 años o menos para trasladarse; que no se puede alegar el desconocimiento de las normas como excusa; que la AFP no faltó a los requisitos que las normas vigentes exigían al momento del traslado; que lo único que motiva el traslado es en el monto de la mesada pensional, pero no la falta de información; que en el RAIS la mesada depende de muchos factores como los aportes voluntarios; que los dineros de Colpensiones son del régimen subsidiario, que subsidian futuras y presentes pensiones; que no procede la condena en costas, ya que los dineros que maneja Colpensiones son para reconocimiento de pensiones, además que ha actuado de buena fe; que los aportes que se trasladen no alcanzan a financiar la pensión de vejez que eventualmente tendría derecho el demandante; que se aplique de manera íntegra la jurisprudencia, ordenándose devolver los gastos de administración y comisiones.

**5.3 PORVENIR S.A.:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó recurso de apelación señalando que el demandante era una persona que tenía plena capacidad, mayor de edad, suministró los datos y firmó el formulario de afiliación; que no se configuró, error, fuerza o dolo, ni ineficacia por falta de información; que se encontraba en el primer momento según la Corte Suprema de Justicia, y la información era verbal y se dejaba constancia en el formulario de vinculación, documento que se presume auténtico, y cumple con los requisitos de la SIF; que al demandante se le entregó la información necesaria, oportuna y veraz; que la constancia de la información era a través del formulario de afiliación según los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; que las consecuencias de los referidos artículos son de tipo económico; que la AFP no ejerció fuerza o impedimento de la afiliación; que al exigirse documentar el deber de información se está requiriendo un tipo de prueba con el cual no cuenta al momento del traslado; que en el interrogatorio manifestó que se le dio información sobre los requisitos para pensionarse; que se le informó que se podía pensionar de manera anticipada y también sobre los rendimientos de los ahorros; que tenía amplios términos para regresar al RPMPD pero con sus aportes manifestó la voluntad de permanecer en el RAIS; que recibió una asesoría por COLPENSIONES, es decir, antes de la prohibición de los 10 años, pero no se trasladó, y decidió continuar vinculado al RAIS; que se debe tener en cuenta la buena fe con la cual ha actuado PORVENIR S.A., generando rendimientos sobre sus ahorros; que se cumplió con la carga de la prueba al haberse allegado el formulario de vinculación y con lo manifestado por el actor en el interrogatorio; que se revoque la sentencia y se condene al demandante a las costas.

## **7. Alegatos de conclusión:**

**PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de

declarar la ineficacia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

**DEMANDANTE:** Solicita que se confirme la sentencia que declaró la ineficacia del traslado, ello con fundamento en el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en la que se exige una asesoría informada, lo que no aconteció con el actor.

**COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que la carga de la prueba también está en cabeza del demandante; que opera la prescripción y caducidad.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor OSCAR ALFONSO OSPINO MARTINEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 26 de junio de 1992, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 40 a 41 archivo No 5); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A para el 16 de julio de 1998 (Fol. 72 archivo No 03), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

## **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Ahora, respecto a que se cumplió con el deber de información según lo dicho por el actor en el interrogatorio, acota la Sala que solo manifestó generalidades, aunado a que, la información resulta ser incompleta ya que ni siquiera dio cuenta el actor de las modalidades de pensión en el RAIS, siendo lo correcto y lo procedente por parte de la AFP haberle suministrado de manera escrita por lo menos el "plan de pensiones" de que trata el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, documento que "*deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación*", empero, el mismo brilla por su ausencia.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

## **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

## **Actos de relacionamiento**

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales en su defensa que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, como lo entienden las demandadas en el caso por el que se procede, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

*"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada*

*régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno”.*

### **Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que la CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 a 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES. En el sub examine, una vez revisada la decisión se deja por fuera de la condena los gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, por lo que se adicionara tales conceptos en la parte resolutive de esta sentencia.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP las partes demandadas resultaron vencidas en el presente proceso, además que ejercieron férrea oposición a las pretensiones.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de febrero del 2022, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **Gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

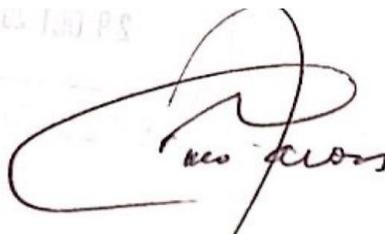
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



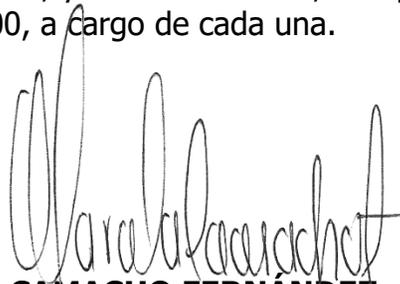
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LUZ MARINA GARCÍA VARGAS  
**DEMANDADO:** PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-007-2016-00589-02  
**ASUNTO:** APELACIÓN  
**TEMA:** PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE DE AFILIADO.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** La señora LUZ MARINA GARCÍA VARGAS a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite de LEONEL BARCO LONDOÑO, así como también, el reconocimiento pensional a favor de su hijo menor de edad ANDRÉS FELIPE BARCO GARCÍA, el retroactivo, las mesadas adicionales, los intereses moratorios, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el señor Leonel Barco Londoño (Q.E.P.D) falleció el 12 de octubre de 2015; que para la fecha de fallecimiento hacia vida marital como esposa del causante y dependían económicamente del señor Leonel Barco Londoño (Q.E.P.D); que el 18 de noviembre de 2015 reclamó ante PORVENIR S.A. el reconocimiento pensional, pero le fue negada, otorgando el 50% de la prestación a los hijos del causante, y dejando el otro 50% en suspenso hasta que sea definido por la vía judicial; que en calidad de esposa convivió con el señor Leonel Barco Londoño (Q.E.P.D) por más de 22 años; que durante la relación marital procrearon dos hijos, uno de ellos menor de edad para la fecha de fallecimiento del señor Leonel Barco Londoño (Q.E.P.D); que conforme el certificado de la EPS tanto el menor Andrés Felipe Barco García, como la demandante estaban afiliados como beneficiarios; que mediante derechos de petición del 18 de abril y 18 de julio de 2016 reclamó la cuota parte y la retroactividad de la pensión en calidad de esposa legítima (Fols. 5 a 16 archivo No 1).

## **2. Contestaciones:**

**2.1 Porvenir S.A.:** Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que la señora LUZ MARINA GARCÍA VARGAS no demostró haber convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, ello debido a que la actora contrajo matrimonio con el causante el 22 de diciembre de 2009 y convivió con aquel hasta el 1 de septiembre de 2014, es decir, convivió por espacio de 4 años y 9 meses, tiempo insuficiente para hacerse acreedora de la prestación; que respecto al menor Andrés Felipe Barco García, ya le fue reconocida la prestación, junto a los otros menores María Alejandra Barco García y Luis Miguel Barco Usaqué, en un 33.33% para cada uno. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación y pago de la pensión de sobrevivientes pretendida en la demanda por ausencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley para tener derecho a dicha pensión, pago de lo no debido, compensación, prescripción, y buena fe (Fols. 108 a 132 Archivo No 01).

**2.2 Flor Nelly Usaqué Rodríguez, en nombre propio y en calidad de representante de su hijo Luis Miguel Barco Usaqué.:** Se opone a todas las pretensiones invocadas por la señora LUZ MARINA GARCÍA VARGAS ya que debe dar estricto cumplimiento a lo ordenado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, además que fue ella la que convivió con el causante desde el mes de julio de 2014 hasta la fecha del fallecimiento, acaecido el 12 de octubre de 2015; que la pensión de sobrevivientes fue reconocida a los menores Andrés Felipe Barco García, María Alejandra Barco García y Luis Miguel Barco Usaqué, en un 33.33% para cada uno. No propuso excepciones (Fols. 308 a 319 Archivo No 01).

**2.3 Andrés Felipe Barco García, María Alejandra Barco García.:** No se oponen a las pretensiones de la demanda presentada por la señora LUZ MARINA GARCÍA VARGAS ya que consideran que le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes que dejó causada su padre. No propuso excepciones (Fols. 1 a 7 Archivo No 07).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 03 de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a la señora LUZ MARINA GARCÍA el 50% de la pensión de sobrevivientes del señor causante LEONEL BARCO LONDOÑO en calidad de cónyuge a partir del 15 de octubre de 2015 y el otro 50% corresponde a los hijos menores del fallecido MARÍA ALEJANDRA BARCO GARCÍA, ANDRÉS FELIPE BARCO GARCÍA hijos de la demandante y LUIS MIGUEL BARCO USAQUÉN hasta que cumplan la mayoría de edad y hasta los 25 años siempre y cuando acrediten calidad de estudiantes, debiéndose acrecentar la mesada de la demandante en caso de que los hijos pierdan el derecho; declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A., gravándola en costas (fls. 1 a 2 archivo 18 con Audiencia virtual).

Empezó por señalar que PORVENIR S.A. reconoció en el porcentaje correspondiente la pensión de sobrevivientes a los hijos del causante, e igualmente, que respecto a la señora Nelly Usaqué convivió con el señor Leonel Barco Londoño por espacio de un año y tres meses, razón por la cual no tiene derecho a la prestación en calidad de compañera permanente, situación que ella mismo afirmó al solicitar la prestación a favor de su hijo y también en el interrogatorio de parte, siendo el punto de

controversia o problema jurídico, determinar si le asiste derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor Leonel Barco Londoño a la señora Luz Marina García en calidad de cónyuge supérstite.

Precisó que la controversia estaba en el lapso de la convivencia, indicando preliminarmente que entre la demandante y el causante contrajeron matrimonio el 22 de diciembre de 2009, tal como se constata con el registro civil, y en la que se puede concluir la existencia del vínculo matrimonial vigente hasta la fecha del deceso del señor Leonel Barco Londoño, ya que no tiene ninguna anotación que afecte su validez.

Seguidamente, del material probatorio arrimado al proceso, concluyó que entre la señora Luz Marina García y el señor Leonel Barco Londoño, se logró acreditar que convivieron desde el año de 1994 en calidad de compañeros permanentes hasta el año 2009, cuando decidieron contraer matrimonio, cesando la convivencia en el año 2014, es decir, tuvieron una convivencia continua por espacio de 20 años. En ese orden, dedujo que le asiste derecho a la señora demandante Luz Marina García Vargas del 50% de la prestación pensional de sobrevivencia de su esposo fallecido, señor Leonel Barco, ya que tuvo un matrimonio vigente hasta la fecha de fallecimiento del causante y se logró acreditar la convivencia como compañeros permanentes y esposos siquiera desde 1994 por espacio de 20 años, además que del vínculo matrimonial se procrearon dos hijos de nombres María Alejandra Barco García y Andrés Felipe Barco García.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Se presentó recurso de apelación por las siguientes partes:

**Porvenir S.A.:** Manifestó no estar de acuerdo con las consideraciones emitidas en la sentencia, dado que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, debe cumplirse la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario, tanto para el cónyuge como para compañera permanente, el cual es de 5 años, independientemente, si es causante de la prestación es un afiliado o es un pensionado; que en el presente proceso hay una conclusión equivocada al decirse que la demandante convivió por más de 20 años con el demandante desde el año 1994, a pesar de existir pruebas que demuestran todo lo contrario, ya que para el año de 1994 la demandante se encontraba casada con otra persona diferente al causante, asimismo, en el formulario de afiliación que hizo el mismo causante, dice que su compañera o cónyuge, para el año 1999 era la señora Zamudio, es decir, persona diferente a la aquí demandante; que el causante convivió con la señora Nelly un año antes de su muerte, entonces no se puede inferir que la actora tiene derecho a la prestación, ya que precisamente los cinco años de convivencia a la muerte del afiliado no se cumplió; que la propia demandante en la solicitud pensional dice que convivió hasta el año 2014 con el afiliado causante, luego, no cumple los requisitos exigibles en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003; que los cinco años deben ser acreditados hasta la muerte del afiliado causante y la demandante no los acredita; que se esgrime que el valor de la condena es a partir el 15 de octubre de 2015 y la muerte del afiliado fue el 12 de octubre de 2015; que al dársele credibilidad a la convivencia que tuvo el causante con la señora Nelly de un año antes del fallecimiento, resulta ser importante, ya que con ello la actora no logra cumplir los 5 años de la convivencia anteriores al deceso; que no está de acuerdo con la condena en costas en un 7% de las condenas, ya que debe haber

una ponderación de las circunstancias especiales que se dieron en este proceso; que se revoque la sentencia en su totalidad, teniendo en cuenta que no hay lugar al pago de la condena, por no acreditarse los presupuesto de la ley y la jurisprudencia; que la demandante manifiesta haber convivido con el causante hasta el día de su muerte, cuando es claro que no convivió hasta el día de su muerte, ya que fue ella mismo quien manifestó en el interrogatorio que convivió con el causante hasta el 2014, es decir, un año antes de la muerte del afiliado la demandante no convivió con él; que la Corte Constitucional ha establecido claramente los cinco años de la convivencia.

**Demandada Flor Nelly Usaquén Rodríguez en nombre propio y en representación de Luis Miguel Barco Usaquén:** Manifiesto que el testigo Jorge Guevara, manifestó que la convivencia que tenía la señora Luz Marina García con el fallecido Leonel Barco fue de forma intermitente, por lo que no se le puede dar credibilidad y, por otro lado, es contradictorio, ya que para el año de 1994 la demandante se encontraba casada con otra persona, y para el año de 1999 el señor Leonel Barco se encontraba casado con la señora Clara Zamudio, es decir, no podría tenerse en cuenta la convivencia desde el año de 1994 como lo concluyó el a quo; que para el año de 1998 hasta el 2000, convivió con la demandada Flor Nelly Usaquén Rodríguez, y luego restablecieron la relación para la época del 2014 hasta el día del fallecimiento, que fue el 12 de octubre de 2015; que no se tuvieron en cuenta los testimonios, declaraciones, y documentos aportados al proceso que demuestran una convivencia en forma intermitente debido a las altas infidelidades del causante, circunstancia manifestada también por la misma demandante; que no está demostrado la convivencia a qué hace referencia el artículo 47 de la ley 100, modificada por el artículo 13 de la ley 797 de 2003 en cuanto a que deben ser 5 años de convivencia mínima requerida por su cónyuge o compañera. En definitiva, solicitó que se revoque la sentencia, ya que no cumple el requisito de ley para que se le otorguen las pretensiones que la demandante requiere.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas las pretensiones incoadas por la actora, ya que no se logra acreditar el lapso de convivencia exigido por la ley 797 de 2003.

**6.2 DEMANDANTE:** Manifiesta que de las pruebas obrantes en el expediente se logra acreditar una convivencia por más de 22 años, tal como se desprende de la prueba documental y del testimonio de María Hoyos Ortiz; que existieron actos de infidelidad del causante, pero que nunca se separaron.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La señora LUZ MARINA GARCÍA VARGAS reúne los requisitos legales para ser beneficiaria del 50% de la pensión de sobrevivientes causada por el señor LEONEL BARCO LONDOÑO (q.e.p.d.)?

## **Fallecimiento**

El señor LEONEL BARCO LONDOÑO (Q.E.P.D) falleció el 12 de octubre de 2015, según registro civil de defunción obrante a folio 37 archivo No 01.

## **Normatividad aplicable**

Como claramente lo asienta la jurisprudencia del máximo tribunal al puntualizar: *"el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la ley que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado."* (SL4559-2019).

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 12 de octubre de 2015 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Normativa que dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido siempre que éste hubiere cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas en los últimos tres años anteriores a la muerte.

Debe precisar la Sala que resulta irrelevante la verificación del cumulo de semanas exigidas, dado que la controversia no está circunscrita a esa temática, sino a la convivencia exigida, ya que incluso, a folio 254 obra respuesta de parte de PORVENIR S.A. dirigida a la demandante, en la que le comunican la negativa al reconocimiento pensional al no acreditar el lapso mínimo de convivencia exigido, dejando en "reserva" el 50% de la prestación, además a folio 278 se observa el reconocimiento pensional de sobrevivientes a favor de María Alejandra Barco García, Andrés Felipe Barco García y Luis Miguel Barco Usaquén en calidad de hijos del causante.

Conforme con lo anterior, es claro que el señor Leonel Barco Londoño (Q.E.P.D) dejó causado la pensión de sobrevivientes.

## **Requisitos de la pensión de sobrevivientes cónyuge de afiliado**

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

### **1) Calidad de cónyuge**

El registro civil de matrimonio glosado a folio 39 archivo No 1, da cuenta que el señor Leonel Barco Londoño contrajo matrimonio con Luz Marina García Vargas, el día 22 de diciembre de 2009.

### **2) Edad**

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Luz Marina García Vargas, nació el 11 de noviembre de 1960 (fol. 48), es decir, que para la muerte del señor Leonel Barco Londoño (q.e.p.d.), contaba con 55 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

### **3) Convivencia**

Siendo importante acotar en este punto, que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia a la cónyuge o compañera permanente cuando el causante correspondiere a un afiliado fallecido, en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia "(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado", de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 1999, ha señalado que el respecto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo

lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Este requisito constituye en punto central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Luz Marina García Vargas, en calidad de cónyuge supérstite a reclamar la pensión de sobrevivientes ante PORVENIR S.A., dicha entidad mediante oficio No 104 del 26 de abril de 2016 (Fol. 254 archivo No 01) le negó la prestación esgrimiendo que *"en el formulario de reclamación pensional radicado por usted ante esta Administradora manifestó no haber convivido con el señor Leonel Barco Londoño a la fecha de fallecimiento del mismo"*; igualmente, en oficio del 03 de agosto de 2016 (Fol. 268 Archivo 01) se reitera la negativa pensional aduciendo que no cumple con el requisito de haber convivido con el fallecido en los últimos cinco años anteriores al deceso.

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

*"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.*

*Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."*

Ahora, en el caso bajo examen lo primero que debe precisar la Sala es que la reclamante alude que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, lo que lleva a verificar si el vínculo matrimonial se encontraba vigente para la fecha del deceso o había cesación de efectos civiles del matrimonio, aspecto trascendental para la definición de la litis, dado que de ello dependerá el reconocimiento o no de la prestación, manifestando desde ya que los cinco años

exigidos a la cónyuge no son inmediatamente anteriores al fallecimiento como lo sustenta PORVENIR S.A. en el transcurso del proceso y en la argumentación de la alzada, pues al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde tiempo atrás estableció que dicho requisito **podrá ser acreditado por la cónyuge en cualquier tiempo**, siempre y cuando permanezca el lazo matrimonial vigente, independientemente de que existiere una separación de hecho, postura reiterada en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, SL3505-2018 y SL1399-2019.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que:

*"Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes **es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial**" (SL3251-2021)*

Y en otra providencia de similares contornos al aquí discurrido dijo:

*"Debe aclarar la Sala, que la cesación de efectos civiles de un matrimonio católico o civil o divorcio, impide aducir al reclamante la calidad de persona con vínculo matrimonial vigente y por ende, en esta eventualidad no tendría la prerrogativa o el derecho de poder acreditar los cinco años de convivencia en cualquier tiempo" (SL5220-2018).*

En ese sentido, una vez revisado el registro civil de matrimonio que corre a folios 39 y 40, no contiene anotación alguna que permita colegir la falta de vigencia del vínculo matrimonial, y por ende, lo que sigue es verificar si se acredita esos 5 años en cualquier tiempo, pues debe tenerse en cuenta que fue la propia demandante desde la solicitud de la prestación y en el interrogatorio de parte, quien afirmó que la convivencia se mantuvo desde el 01 de junio de 1994 hasta el 01 de septiembre de 2014 (Fol. 202 archivo No 01), es decir, se interrumpió la convivencia por espacio de un año, un mes y doce días antes del fallecimiento del señor Leonel Barco Londoño, acaecido el 12 de octubre de 2015.

Ahora, ciertamente si tenemos en cuenta que el matrimonio aconteció el 22 de diciembre de 2009 (Fols. 39), para la fecha en que se interrumpió la convivencia (01 de septiembre de 2014), no se logra acreditar los cinco años exigidos, pues se alcanza a acreditar cuatro años, ocho meses, y nueve días; empero, aquí es donde resulta de suma importancia referirnos a la postura de la acumulación de la convivencia, esto es, permitir acreditar los cinco años teniendo en cuenta el lapso de convivencia como compañera permanente y como cónyuge, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL8294-2014, en los siguientes términos:

*"Pero nótese que el precepto legal aludido no exige que ambos requisitos se hayan reunido, de manera excluyente, como cónyuges o como compañeros permanentes. Es decir, que la vida marital y la convivencia durante cinco años previos a la muerte del causante se hayan verificado solo como esposos o solo como compañeros permanentes. La norma exige los dos requisitos, independientemente del tipo de vínculo que haya existido entre ambos. Por manera que ellos pudieron darse sucesivamente, durante una unión de hecho*

*y luego durante el matrimonio entre ambas personas. Y la circunstancia de que la vida marital y la convivencia se hayan realizado en parte como compañeros permanentes y en parte como cónyuges, en nada afecta la validez de tales requisitos para reclamar la pensión de sobrevivientes. Sostener lo contrario sería un contrasentido a la luz de la Constitución y de los principios que informan la seguridad social. Lo que prima es la vida marital o convivencia, independientemente del tipo de vínculo jurídico que ligue a ambas personas, pues cualquiera que sea éste, lo que debe acreditarse es la vida marital o convivencia con el ánimo de constituir pareja y familia, tener complementariedad, socorro y ayuda mutua y abordar juntos las vicisitudes de la vida, en el lapso de tiempo que la norma establece”.*

Criterio propalado en la sentencia SL3693-2021, de la siguiente manera:

*“Ahora, para efectos de probar el requisito de convivencia de mínimo 5 años a que se refiere el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cónyuge que previamente convivió con el causante en calidad de compañera, como es aquí el caso, puede acumular los períodos de convivencia en esas dos condiciones siempre y cuando haya continuidad entre uno y otro vínculo”.*

En el caso objeto de estudio tenemos que con los testimonios de María Cristina Hoyos Ortiz y Luis Jorge Guevara Forero logra la demandante demostrar la convivencia por espacio superior a los cinco años, pues en relación con la primera deponente, manifestó que conoció a la pareja Barco García por aproximadamente 9 o 10 años, ya que ellos vivieron frente a su casa, refiriendo que “ellos” respecto a Luz Marina, Leonel, Alejandra y Felipe; que el señor Leonel trabajaba en un laboratorio de nombre ALFARMA como conductor, y que el señor Leonel vivió en esa casa “prácticamente antecitos de fallecer”; que desde que se pasaron a vivir al frente de su casa empezaron a “tratarse” e hicieron amistad; que la distancia de su casa a la casa donde residía la demandante y el causante eran unos tres metros; que la demandante no estaba trabajando, y que era el señor Leonel quien trabajaba y mantenía la casa; que “siempre vio” al señor Leonel en la casa. En cuanto al segundo deponente manifestó conocer al señor Leonel Barco aproximadamente 15 años, por allí en “el dos mil...dos mil y algo”; que se conocieron porque se “congregaban en una iglesia cristiana”; que Leonel trabajaba como conductor en una farmacia y que últimamente laboraba en una empresa en Cali; que se encontraban frecuentemente con Luz Marina García Vargas porque eran conocidos; que iba a visitarlos a San Mateo y los “veía normal en la casa”; que la señora Luz Marina y Leonel se casaron en una iglesia cristiana; que él trabaja haciendo mantenimiento de lavadoras, por lo que iba a realizar mantenimiento de la lavadora de ella, refiriéndose a Luz Marina, y que los visitó más o menos hasta el 2014; que asistió en alguna ocasión a un cumpleaños; que supo que tenían problemas de infidelidad y que no sabe si fue por eso que el señor Leonel se fue de la casa; que la señora Luz Marina no trabajaba, “el que proveía era él”.

Lo anterior permite educir a la Sala que se encuentra acreditada la convivencia por espacio superior a los cinco años, precisando que si bien no podría sostenerse como lo hizo el a quo que la convivencia se extendió desde el año de 1994 como lo relató la actora en el libelo genitor, por lo menos si puede tenerse la certeza de la convivencia con el dicho de los testigos por lo menos desde el año 2000, pues así lo expresó el testigo Luis Jorge Guevara Forero, quien fue espontáneo en su

declaración, los visitaba frecuentemente y dio cuenta que los conoció en la iglesia cristiana donde también aquel frecuentaba, además de no encontrar contradicción en sus dichos como lo refiere la recurrente, ya que aquel cuando manifestó la palabra "intermitente" no se refirió a todo el tiempo de la convivencia, sino a la situación presentada con posterioridad al tema de la infidelidad, es decir, estaba tratando de explicar que no sabía si el señor Leonel se fue de su casa o estaba allí de manera "intermitente", pues manifestó que por esas fechas hacia el año 2014 se enteró que la pareja tenía problemas de infidelidad.

De otro lado, lo relativo a que para el año 1994 la demandante estaba casada con otra persona diferente al causante, y que por ello era imposible la convivencia con el señor Leonel, debe precisar la Sala que de conformidad con el registro civil de la actora visible a folios 399 y 400, se tiene que mediante escritura pública No 2398 del 16 de junio de 1987 se había liquidado la sociedad conyugal con el señor José Vicente Díaz Ospina, y a pesar de que la sentencia que decretó la cesación de efectos civiles del matrimonio data del 26 de junio de 2001, no puede de allí inferirse como lo afirma la recurrente que la demandante hasta ese año (2001) haya estado conviviendo con persona diferente al causante, máxime si se tiene en cuenta que la primera hija de la pareja Barco García, nació el 20 de julio de 1995 (Fol. 2 archivo No 08).

Finalmente, en cuanto al tema de la infidelidad, que en últimas fue el motivo de la separación de la actora con el causante, y de la cual también dieron cuenta los testigos e incluso la demandada Flor Nelly Usaquén Rodríguez, con quien el causante convivió el último año antes de fallecer, considera la Sala que ello no enerva ni da al traste con la convivencia sostenida por lo menos desde el año 2000 hasta el 01 de septiembre de 2014, pues no puede desconocer la Judicatura que en estos particulares casos debe estudiarse la prestación desde la perspectiva de género, ya que exigirle a la actora el cumplimiento de los cinco años desde que inició el vínculo matrimonial, desconociendo el tiempo de convivencia en calidad de compañeros permanentes, sería tanto como exigirle que debía convivir con el causante soportando la infidelidad hasta el 22 de diciembre de 2014, data en la cual cumpliría los cinco años como consorte, siendo que del material probatorio, la separación se produjo al enterarse a mediados del año 2014 de la infidelidad del causante, quien con posterioridad a la separación de su esposa, se fue convivir con la señora Flor Nelly Usaquén Rodríguez.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2010/19, SL5169/19 y SL4771-2020, donde concluye que la finalidad de la pensión de sobrevivientes en el evento de cónyuges es de proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como así lo aquilató:

*"En efecto, no es ajeno al conocimiento colectivo que la decisión de separarse de hecho del cónyuge, comúnmente proviene de **problemas estructurales que aquejan la relación de pareja, que, debido al impacto emocional que aquellos generan en los consortes, terminan por convertirse en causas de distanciamiento.***

*Cada una de esas situaciones, por supuesto, no pueden ser previstas por el legislador; y es precisamente, en ese contexto, en el que el juez entra a jugar su rol de intérprete de la norma a efectos de zanjar la necesidad de que el ordenamiento jurídico cubra*

*esos escenarios. Así lo reconoció, por ejemplo, esta Corporación en un reciente pronunciamiento en el que explicó que **la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja y, en dicho caso, otorgó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite del causante pese a no convivir con él, ni mantener lazos de afecto, pues determinó que la renuncia a la cohabitación estaba justificada por los malos tratos a que era sometida y obedecía al ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal (CSJ SL2010-2019)***”.

Finalmente, en cuanto a la fecha en que se ordenó otorgar la pensión de sobrevivientes, acota la Sala que en efecto se dejó sentado que el reconocimiento es a partir del 15 de octubre de 2015, siendo lo correcto a partir del 12 de octubre de 2015, fecha en la que falleció el señor LEONEL BARCO LONDOÑO (Q.E.P.D), según registro civil de defunción obrante a folio 37 archivo No 01, lo que da lugar a modificar la decisión de instancia solo en este aspecto.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que LUZ MARINA GARCÍA VARGAS reúne los requisitos legales para ser beneficiaria del 50% de la pensión de sobrevivientes causada por el señor LEONEL BARCO LONDOÑO (q.e.p.d.), ya que convivió en calidad de cónyuge supérstite con el óbito por espacio superior a los cinco años en cualquier tiempo, ello acumulando la convivencia en calidad de compañera permanente y posteriormente en calidad de cónyuge, no quedando otro camino que confirmar la decisión de instancia.

## **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y Flor Nelly Usaquén Rodríguez, y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera instancia se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP la entidad demandada PORVENIR S.A. resultó ser la parte vencida en el proceso, además de hacer férrea oposición a las pretensiones, y en lo que refiere al monto, debe precisársele al apoderado que no es esta la oportunidad procesal para controvertirlas, ello de conformidad con el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

## **DECISIÓN**

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

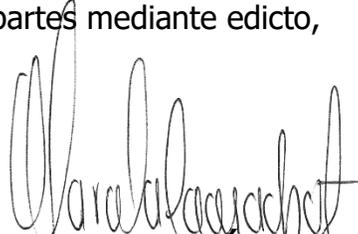
## **RESUELVE**

**PRIMERO.: MODIFICAR** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 03 de febrero de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es a partir del 12 de octubre de 2015, de conformidad con las consideraciones vertidas en este proveído.

**SEGUNDO:** CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y FLOR NELLY USAQUÉN RODRÍGUEZ, y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

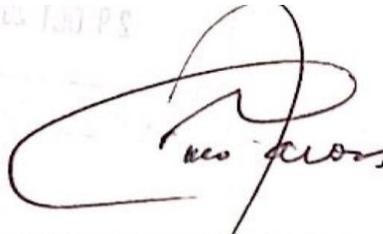
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A. y FLOR NELLY USAQUÉN RODRÍGUEZ y a favor de la parte demandante en la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y \$500.000 a cargo de FLOR NELLY USAQUÉN RODRÍGUEZ.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** **ORDINARIO LABORAL**  
**DEMANDANTE:** **JOSE FERNANDO GARCIA VALENCIA**  
**DEMANDADO:** **HINODE DE COLOMBIA S.A.S.**  
**RADICACIÓN:** **110013105-009-2019-00219-01**  
**ASUNTO:** **APELACIÓN**  
**TEMA:** **DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

#### **AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificada en legal forma, como apoderado sustituto de HINODE COLOMBIA S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

#### **SENTENCIA** **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** El señor JOSÉ FERNANDO GARCÍA VALENCIA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral contra HINODE DE COLOMBIA SAS, con el fin que se declare que el despido efectuado por la señora Tatiana Torres Caviedes, es injusto, injustificado, nulo o ilegal por no provenir del funcionario competente para tal función, como consecuencia de lo anterior, se ordene el reintegro desde el 28 de enero de 2019 sin solución de continuidad; que se condene al pago de salarios, prestaciones, bonificaciones, medicina prepagada, reajuste salarial, debidamente indexados, desde la fecha de reintegro hasta que tenga lugar su reincorporación; que el reintegro se efectuó a un cargo de igual o superior jerarquía y salario al que desempeñaba, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que empezó a laborar para la sociedad demandada desde el 1 de diciembre de 2017, pero sin que mediara causa alguna le fue notificado el despido el 28 de enero de 2019; que laboró en las instalaciones de la empresa de lunes a sábado; que en ocasiones las jornadas se alargaban según las necesidades del área contable, financiera y de logística; que desde que ingresó no le fue incrementado su salario; que el aumento salarial estaba condicionado a la apertura de la franquicia en Colombia, sin embargo, el 15 de mayo de 2018 se abrió la franquicia, pero no se realizó el aumento salarial; que no le

reconocieron horas extras; que el despido fue ordenado por Tatiana Torres Caviedes, quien se señala a sí misma como gerente; que en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandada el gerente y representante legal inscrito es el señor Ismael Ferreira Filho; que a la fecha de despido la señora Tatiana Torres Caviedes no era la representante legal o gerente inscrita en la Cámara de Comercio; que de acuerdo con los estatutos sociales de la sociedad demandada, dentro de las facultades del representante legal esta la de nombrar y remover a sus empleados; que el salario desde su inició hasta su finalización fue de \$6.000.000, sin incluir bonificaciones (Fol. 67 a 75).

**2. Contestación HINODE COLOMBIA SAS.** Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que no tienen sustento de hecho, de derecho ni probatorio alguno, aunado a que la terminación del contrato de trabajo no finalizó por decisión de Tatiana Andrea Torres Caviedes en nombre propio, sino en representación de la Compañía por ser gerente general en los términos del artículo 32 del CST; que la terminación del contrato fue en ejercicio de la facultad legal establecida en el artículo 64 del CST. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en la parte demandante, pago, buena fe de la Compañía, mala fe de la parte demandante, prescripción, y compensación.

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 10 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juzgado absolvió a HINODE COLOMBIA SAS de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante, declarando probada la excepción propuesta de inexistencia de las obligaciones reclamadas, gravándolo en costas procesales al demandante (fols. 347 y 349 con Cds de audiencia).

Su decisión se basó en que la señora Tatiana Andrea Torres Caviedes tenía el cargo de gerente general en HINODE COLOMBIA S.A.S y que por virtud de ello fungía como superior jerárquica de todas las personas que prestaban sus servicios en este país, les impartía órdenes e instrucciones sobre cómo debían realizar el trabajo y era la líder del equipo, y en tal sentido, bajo las regulaciones del trabajo no resulta entendible el argumento del que se sustenta la ineficacia del despido del actor, en la medida en que, para ello tendría que haber operado algún tipo de estabilidad laboral derivado de las normas que gobiernan el trabajo, situación que no ocurre, dado que la postura del demandante se ciñe al hecho de la persona que suscribe la carta de despido no ostentaba la calidad de representante legal inscrita en el certificado de existencia de la compañía.

Manifestó que Tatiana Andrea Torres Caviedes al momento de la terminación del contrato de trabajo, ocupaba el cargo de gerente general de la entidad demandada y por virtud de ello ejercía por delegación de la empresa las atribuciones propias del empleador, situación que era conocida por los trabajadores, inclusive por el demandante, por lo que se configuran los presupuestos establecidos en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo.

Concluyó que, según *“la jerarquía del cargo que ejercía dentro de la organización y la naturaleza de las funciones, la señora Tatiana tenía la potestad de tomar esa clase de determinaciones, máxime cuando HINODE COLOMBIA S.A.S no desconoció tal decisión, y por el contrario, dio el aval con el pago de la liquidación y la indemnización por despido sin justa causa, estableciendo así que la decisión de terminación del contrato no lo hizo en nombre propio sino como representante del empleador por lo*

*que hay lugar a absolver a la demandada a las pretensiones incoadas en su contra, esto es del reintegro y todos los demás derechos derivados de tal elemento”.*

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Se presentó apelación por parte del DEMANDANTE, quien solicitó la revocatoria de la sentencia, manifestando que la a quo reconoció que cualquier persona que ejerza alguna atribución de jurisdicción y mando, puede proceder a dar por terminado válidamente un contrato de trabajo, desconociendo la representación legal y creando inseguridad jurídica; que en los procesos que se adelantan de trabajadores oficiales vinculados con contrato de trabajo, y única y exclusivamente quien ejerce la representación legal es quien está facultado para despedir; que darle un tratamiento distinto si el empleado es del sector público o es del sector privado crea la inseguridad jurídica, ya que cualquier trabajador está expuesto a la ira de un superior, debiendo salir inmediatamente; que se desconoce el estatuto interno que tiene la sociedad; que el estatuto social de la empresa queda contemplado que son facultades del representante legal nombrar y remover libremente a los empleados de la sociedad cuyo nombramiento no esté atribuido al accionista único; que basta con observar cómo fue la desvinculación del señor José Luis Maldonado Ramírez, la cual se produjo bajo un contrato de transacción, pero quien suscribió por la empresa fue Ismael Ferreira Filho, quien era la persona que ejercía la representación legal de la empresa; que la representación legal que lleva la señora Tatiana Torres actualmente es para efectos jurídicos y para efectos fiscales, y no laborales; que la atribución como representante legal debe darse por escrito; que en determinados casos que contempla el artículo 32 del CST, quien ejerce la representación legal es quien está facultado para despedir un funcionario.

**5. Alegatos de conclusión.** La parte demandada presentó alegatos, manifestando que se debe confirmar la decisión de instancia, ya que en efecto debe darse aplicación a lo establecido en el artículo 32 del CST y la jurisprudencia sobre el tema de la representación laboral.

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿Hay lugar al reintegro en el trabajo cuando la terminación del contrato se produce sin justa causa? ¿Se cumplen los presupuestos del artículo 32 del CST, para que sea válida la terminación del contrato de trabajo efectuada por Tatiana Andrea Torres Caviedes?

### **Terminación del contrato de trabajo sin justa causa.**

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: la existencia de la relación laboral entre el actor y HINODE COLOMBIA SAS, por el lapso comprendido entre el 19 de enero de 2018 al 28 de enero de 2019, pues de ello da cuenta la documental de folios 99 a 123, contentiva del contrato de trabajo, carta de terminación del contrato y liquidación final de prestaciones, e igualmente, la entidad acepta la existencia de la relación laboral en la contestación de la demanda; así

mismo, no es objeto de discusión que mediante documento del 28 de enero de 2019 HINODE COLOMBIA SAS le comunica al demandante que *"ha decidido dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa (...) se le informa que la empresa le hará entrega de sus prestaciones sociales y respectiva indemnización"*, la cual se hizo efectiva a partir del 28 de enero de 2019 (Fols. 122).

Así las cosas, la controversia radica en establecer si el a quo se equivocó al considerar que Tatiana Andrea Torres Caviedes como representante del empleador ejerció la potestad legal que establece el artículo 64 del CST, al finalizar el contrato de trabajo sin justa causa con reconocimiento de la indemnización, o por el contrario, debía sopesar la situación pregonada por la parte actora según el cual Tatiana Andrea Torres Caviedes no tenía la calidad de representante legal de la demandada, y por ello, no podía tomar la decisión de finalizar el contrato de trabajo.

Sobre el punto, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa se deberá reconocer la indemnización, misma que comprende el lucro cesante y el daño emergente. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha venido sosteniendo que en la terminación del contrato de trabajo sin justa causa también puede resarcirse el daño moral, siempre y cuando *"se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial"* (SL14618-2014)

En este punto, viene a propósito traer a colación lo pregonado en la sentencia SL3424-2018, en la cual se estudia la posibilidad de solicitar el reintegro de un trabajador que fue despedido sin justa causa, donde se discutía por la parte actora la vulneración de derechos de rango constitucional, incluso hizo hincapié en la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo Adicional de San Salvador, incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante ley 319 de 1993.

En ese momento, la Corte determinó que no tiene asidero la afirmación según el cual en el Protocolo Adicional de San Salvador existe un imperativo de reintegro en el trabajo cuando la finalización del contrato se produce sin justa causa, igualmente que lo dispuesto en la regulación interna (Artículo 64 del CST) no desconoce ni contradice la regulación internacional, en la medida en que *"ambos postulados jurídicos consagran la potestad de terminar el contrato de trabajo sin motivación alguna, junto con el pago de una indemnización a cargo del empleador"*, y que *"tampoco dicha disposición trasgrede los principios materiales de la Constitución Política de 1991, ni los de progresividad y favorabilidad en materia laboral"*.

Establece también la Corte que la Constitución Política reconoce el derecho a la libertad de empresa, en la que también está implícita la dirección de las relaciones de trabajo, esto es, la potestad que tiene el empleador de finalizar las relaciones laborales; no obstante, tal poder empresarial menciona la Corte no es absoluto, pues se encuentra limitado por *"los derechos constitucionales, las condiciones dignas y justas que debe orientar toda relación laboral y por los principios de buena fe, solidaridad, dignidad, igualdad y función social de la empresa"*.

Igualmente, en tal providencia se adocina que los puestos de trabajo no son de los trabajadores, ya que ello le restaría eficacia a la potestad del empleador estatuida en el artículo 64 del CST, al igual que la garantía de la estabilidad en el empleo

tampoco es absoluta ni *"implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo (CC C-1341-2000), en la medida que ello atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de una de las partes o de ambas, para poner fin al vínculo contractual"*.

En síntesis, dice la Corte que el empleador tiene la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa, dentro de los límites que ese actuar discrecional encuentra en el ordenamiento jurídico.

Ahora, para lo que interesa en las resultas del proceso, la Corte menciona que, para verificar esa potestad discrecional del empleador, se debe diferenciar entre el despido ilegal o arbitrario y el despido sin justa causa, consistiendo el primero en la vulneración a la legalidad del despido o en su forma de realizarlo, y el segundo se define como la potestad que tiene el empleador conforme a la regulación laboral.

En ese orden, para echar al traste la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, se requiere según la Corte acreditar que el finiquito contractual fue "ilegal o arbitrario", o que gozara de estabilidad laboral reforzada, circunscribiéndose el concepto arbitrario en circunstancias como que *"su despido fue violento, discriminatorio o a raíz de una situación de acoso laboral"*, entre otras.

Así las cosas, descendiendo al sub examine, nótese que el contrato de trabajo que ligó a las partes en contienda terminó el 28 de enero de 2019 de manera unilateral por HONODE COLOMBIA SAS (Fols. 122), con el reconocimiento de una indemnización por valor de \$6.112.122 (Fol. 123), lo que connota que se efectuó ceñido a lo establecido en el artículo 64 del CST, esto es, en ejercicio de la potestad que la ley le otorga al empleador, y en ese orden, de ninguna manera podría configurarse un despido ilegal.

Ahora, en lo que refiere a la arbitrariedad, que es donde puede estudiarse la "falta de competencia de quien suscribió la carta de terminación" a que alude el apoderado judicial del actor, acota la Sala que tampoco se configura, por las siguientes razones.

Establece el artículo 32 del CST, que son representantes del empleador y como tal sus actuaciones obligan al empleador, entre otras, las siguientes personas: *"a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador}"*

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL939-2018, rememoró la sentencia del 22 de abril de 1961, y expresó al respecto que:

*"Según lo han expresado esta sala de la Corte y el extinguido Tribunal del Trabajo, en reiteradas decisiones, los directores, gerentes, administradores y los demás que el artículo 32 indica constituyen ejemplos puramente enumerativos de empleados que ejercen funciones de dirección o administración. Los empleados de esta categoría se distinguen porque ocupan una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, no están en función simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa, con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa, están*

*dotados de determinado poder discrecional de autodecisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central”.*

Descendiendo al sub examine, se observa que a folio 156, obra un organigrama de la empresa en la que se detalla que la señora Tatiana Andrea Torres Caviedes es la Gerente General, cargo que manifestó lo ejerce desde diciembre de 2018, aunado a que, los testigos José Luis Maldonado Ramírez, Estefanía Gómez y Oscar Alejandro Sierra Salazar, quienes laboraron en la entidad, dieron cuenta que Tatiana Andrea Torres Caviedes ejercía como Gerente de la entidad en Colombia, y era jerárquicamente la superior inmediata del demandante, lo que permite colegir a la Sala que siguiendo los postulados del artículo 32 del CST, era representante del empleador y por ende, estaba facultada para tomar la decisión de finalizar el vínculo laboral con el actor.

Sobre la temática que propone el recurrente consistente en que solo podía terminar el contrato el representante legal de la sociedad demandada inscrito en el certificado de Cámara de Comercio, acota la Sala que es equivocada, pues darle prosperidad a tal posición sería tanto como vaciar de contenido lo establecido en el artículo 32 del CST, y para mejor proveer, la respuesta a su posición se encuentra en lo discurrido de vieja data en la sentencia de radicado No 30288 del 14 de marzo de 2007, en la que se pretendía dejar sin efecto un acta de conciliación por no haberse suscrito por el representante legal, y en esa oportunidad la Máxima Autoridad dijo que:

*"En lo que tiene que ver con la audiencia de conciliación, dice el recurrente que el Tribunal no se percató de que quien firmó esa diligencia en nombre del Banco no acreditó, con las certificaciones señaladas en la ley, que era su representante legal configurándose por ende el vicio de falta de competencia.*

*Ese planteamiento no lo comparte la Corte por cuanto en materia laboral se tiene como representantes del patrono los que ejerzan funciones de dirección o administración y quienes ejercitan actos con la aquiescencia expresa o tácita del patrono (artículo 32 del C. S. del T.), y el simple hecho de que todos los compromisos adquiridos por quien intervino por el Banco en la diligencia de conciliación hayan sido cumplidos y ejecutados con posterioridad por la entidad, es una muestra rotunda e incontrovertible de que la persona que suscribió el acta estaba facultada para obligar a la entidad y actuó con la autorización del Banco. De todas formas, en el acta de conciliación el Inspector del Trabajo dejó constancia de que reconocía personería al representante del Banco para actuar en dicha diligencia y por ello resulta plausible colegir que si hizo esa declaración es porque estimó acredita dicha condición”.*

Bajo ese panorama, de ninguna manera puede darse al traste con la finalización del contrato de trabajo de la que fue objeto el actor por el hecho de que la carta de terminación haya sido suscrita por Tatiana Andrea Torres Caviedes y no por el representante legal que figura en el certificado de existencia y representación legal, aunado a que, tal decisión no puede considerarse como personal por parte de Tatiana Andrea Torres Caviedes, sino que dada su posición jerárquica y la calidad de Gerente en Colombia, podía en representación del empleador ejercer el “*poder discrecional de autodecisión*” y proceder a la finalización del contrato con el reconocimiento de la respectiva indemnización, el cual, al haberse sufragado al actor en su liquidación final, es prueba contundente de que actuó con la aquiescencia tácita del empleador, sin que en nada afecte el que el certificado de existencia y representación legal diga

expresamente que es el representante legal quien remueve a los empleados, pues al ejercer como Gerente de la empresa demandada y no observar reparo alguno por parte de la empresa frente a la decisión tomada por Tatiana Andrea Torres Caviedes, se entiende que consintió su decisión o lo que es lo mismo, actuó con la aquiescencia tácita del empleador.

Para reforzar lo dicho, también es oportuno traer a colación lo dicho en la sentencia SL1826-2019, en la que de manera contundente se expresa que el hecho de que no se tenga la representación legal de la compañía no anula ni desdice las actuaciones de quien actuando como representante del empleador toma una decisión obligando al empleador, ello en virtud del artículo 32 del CST, y así se dejó sentado:

*"De allí surge, entonces, que la simple condición de no tener la representación legal de una compañía, no anula ni desdice de la potencialidad que recae en determinada persona para llevar a costas la representación del empleador frente a sus trabajadores, dado que esta posición deviene de sus actividades, responsabilidad, atribuciones y funciones, en virtud de las cuales puede impartir órdenes que se entenderán radicadas en cabeza de quien sea nominalmente el empleador y con ello, generará la obligación de acatamiento a la que están llamados los trabajadores en los términos del numeral 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo".*

Dicho todo lo anterior, es más que suficiente para despachar de manera desfavorable la alzada, y de contera confirmar la sentencia de primer grado.

## **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de Hinode Colombia SAS, por no haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera instancia se confirman.

## **DECISIÓN**

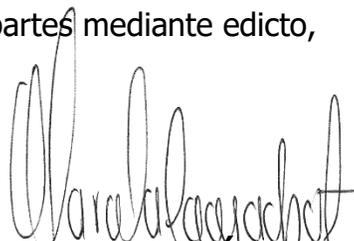
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO.: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante, y a favor de Hinode Colombia SAS. Las de primera se confirman.

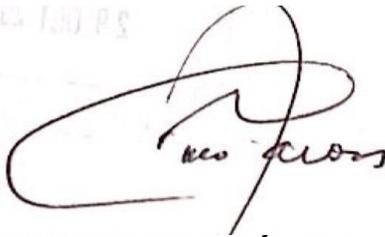
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

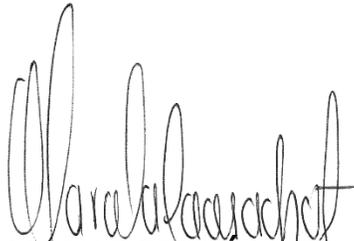


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado  
(Salva voto)

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho a cargo de JOSÉ FERNANDO GARCIA VALENCIA y a favor de HINODE COLOMBIA SAS, en la suma de \$500.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada