



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MARÍA DEL PILAR OSPINA RIAÑO  
**Demandadas:** COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 10-2019-00153-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** María del Pilar Ospina Riaño instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Colpensiones, con el propósito de que se condene la nulidad del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Davivir hoy AFP Protección S.A. y, en consecuencia, se ordene su activación en Colpensiones; a AFP Porvenir S.A. la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; además, pidió lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó para los riesgos de vejez, invalidez y muerte desde el 20 de junio de 1983 al 28 de febrero de 1997 al Instituto de Seguros Sociales. Refirió que fue trasladada al Fondo de Pensiones Davivir hoy AFP Protección S.A., realizando su primera cotización en abril de 1997, sin embargo, indicó que el citado fondo privado no la asesoró ni le dio información al momento del traslado, entre tanto, porque no le informó los requisitos para pensionarse en ese sistema, tampoco le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en cada uno de los regímenes. (Expediente digital, PDF 07ExpedienteDigital, págs. 118 a 143)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 07ExpedienteDigital, págs. 147 y 148); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la actora efectuó el traslado del RPM al RAIS, no obstante, refirió que se presume no sólo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido, por lo que la afirmación de vicio del consentimiento acaecido en el trámite de

traslado deberá ser probado por la parte que lo alega. En su defensa formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, genérica. (Expediente digital, PDF 07ExpedienteDigital, págs. 150 a 155)

**3.2. AFP Protección S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones de esta, aduciendo que la demandante optó por afiliarse a la AFP Protección S.A. una vez los asesores le suministraron información precisa, veraz y de fondo sobre el traslado de régimen, sus desventajas, ventajas y diferencias con el RPM. Manifestó que con ésta asesoría la actora de manera libre y voluntaria decidió afiliarse suscribiendo la solicitud de vinculación el 24 de junio de 1996, quedando plasmado en el formulario de afiliación, por tanto, encontrándose válidamente afiliada al RAIS. Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, declaración de manera libre y espontánea de la demandante, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración y seguro previsional, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 07ExpedienteDigital, págs. 187 a 201)

**3.3. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación al fondo de pensiones fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público – en la que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 07ExpedienteDigital, págs. 254 a 293)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 5 de mayo de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Colpensiones recibir y restablecer la afiliación al RPMPD; a AFP Porvenir S.A. hacer la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y así mismo a realizar la devolución de gastos y cuotas de administración que le hubiera realizado debidamente indexados, para lo cual concedió el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Así mismo, condenó a AFP Protección S.A. hacer la devolución al régimen de prima media los gastos y cuotas de administración que hubiera realizado durante la afiliación debidamente indexados, para tal fin le concedió el mismo término. Ordenó a los fondos de pensiones accionados que remitan los documentos correspondientes para establecer por parte de Colpensiones que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración correspondan a lo ordenado en la sentencia. Dispuso que Colpensiones proceda a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado, así mismo, imputar en la historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS. Por último, gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico dilucidar si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación suscrita por la actora al Fondo de Pensiones Davivir hoy AFP Protección S.A. Con tal propósito, indicó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, los temas relacionados con la solicitud de quitar la validez del trámite realizado de un régimen pensional a otro, deben analizarse cuando se alude a una afiliación desinformada la exclusión de todo efecto al traslado, es decir, desde la óptica de la ineficacia y no de la nulidad como fue solicitada.

Bajo lo anterior, hizo mención del acervo probatorio arrojado al proceso, así como la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que sobre el tema ha enfatizado, para precisar que el deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de dar toda la información completa, cierta y veraz existe desde el mismo momento en que entró en vigor la Ley 100 de 1993, además, el Decreto 663 de 1993 estableció que las entidades financieras deben suministrar a los usuarios información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones que realicen, de suerte que se les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos es que fueron las mejores opciones de mercado.

Indicó que, aunque el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece el derecho de la libre escogencia de régimen pensional, éste consentimiento debe ser informado, por tanto, las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos son insuficientes para demostrar que se dio la obligación completa, cierta y veraz, de manera que la carga probatoria está en cabeza de las administradoras de pensiones, es decir, deben probar que cumplieron con ese deber de información y de manera oportuna. Bajo ese horizonte, refirió que la AFP Protección S.A. antes Davivir no acreditó haber dado a la demandante esa información al momento en que aquella se vinculó al fondo de pensiones, tampoco cuando realizó el traslado horizontal a AFP Porvenir S.A., pues esto último tampoco ratifica o es prueba de que efectivamente se le dio información debida a la actora. (Expediente digital, audio

17Audiencia05-05-2022)

## **5. Impugnación y límites del ad quem.**

**5.1. AFP Protección S.A.** Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación aduciendo que en virtud de las restituciones mutuas devolvió en su momento los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual por la buena gestión que realizó, de tal manera que aquellos no pueden ser a título gratuito, debiéndose reconocer a modo o a título de pago los gastos de administración. Refirió que aquellos gastos no forman parte del capital que va a financiar la prestación y la norma contempla que estos son cobrados por Colpensiones, además, fueron utilizados para financiar los seguros previsionales que en su momento cubrían las contingencias de invalidez y muerte, situación que es obligatoria por parte de cualquier fondo. Así las cosas, señaló que, de confirmarse el fallo, no procede la devolución de gastos de administración, pues se estaría creando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y a favor del fondo común que financia las pensiones de este régimen, toda vez que aquello no tiene justificación legal. (Expediente digital, audio 17Audiencia05-05-2022)

**5.2. Colpensiones.** En su recurso de apelación esgrimió que el traslado realizado por la actora a la AFP Davivir se presume no sólo efectuado en el ejercicio del derecho de la libre escogencia del régimen pensional consagrado artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, sino, plenamente válido, razón por la cual la afirmación de vicio del consentimiento o ineficacia del traslado debe ser acreditado por la parte interesada. Expuso que, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la actora no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar el traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que en la actualidad cuenta con 57 años.

Refirió que la AFP Protección es a quien le compete demostrar el cumplimiento debido de las obligaciones legales del deber de asesoría, en consecuencia, no puede alegarse la nulidad de afiliación efectuada, ya que no puede anularse un contrato de vinculación solo por el hecho de estar inconforme con normas y lineamientos propios del régimen de ahorro individual. Agregó que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, de tal manera que invalidar el traslado genera afectación y una situación

caótica a la debida planeación en la asignación y retribución de los recursos del sistema pensional.

**5.3. AFP Porvenir S.A.** En su alzada esbozó que para la época del traslado entre regímenes el único documento que se requería para tal fin es el formulario de afiliación el cual se aprobó por la Superintendencia Financiera de Colombia y se presume auténtico, por ende, aquel resulta ser suficiente para probar que le brindó información al momento del traslado. Refirió que no es aplicable el Decreto 663 de 1993, ya que solo se destina a los usuarios de los servicios, es decir, a quien tiene afiliación, condición que no reunió la accionante al momento del traslado.

Manifestó que en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se acreditó actos que impiden y atentan contra el derecho de afiliación, es decir, dolo o la intención de generar un daño y, por el contrario, se probó un error, lo cual llevaría a una nulidad relativa que es sujeta de saneamiento con la ratificación de la demandante derivada de su voluntad de permanecer durante 20 años en el RAIS, pero en todo está afectada de prescripción. Agregó que no procede la condena de gastos de administración, pues de conformidad con el inciso 2º del artículo 20 de la misma disposición, autoriza al régimen de prima media descontar un 3% de las cotizaciones, para financiar los citados gastos y pensión de invalidez y sobrevivencia; de allí que no formen parte integral de la pensión de vejez, máxime cuando están sujetos al fenómeno prescriptivo.

Resaltó que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 17 de 2020, indicó de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual de la afiliada, sin que proceda la devolución de prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura de la vigencia de la póliza; ni tampoco la comisión de administración en razón a que todo el tiempo en que estuvo afiliada la demandante, el fondo cumplió con la administración de los recursos de buena fe y de manera exitosa. Sumó a lo anterior la inexistencia de una norma que disponga la citada devolución, en consecuencia, dijo que no procede esta condena y aún de mantenerse la orden también debe disponerse que la actora restituya los frutos financieros que se le consignaron en su cuenta de ahorro individual, cuando quiera que se trata de una restitución mutua, pues de lo contrario se estaría enriqueciendo sin justa causa.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. AFP Protección S.A.** Alegó en su favor aduciendo que resulta improcedente la devolución de gastos de administración, toda vez que va en contra de una norma superior como lo es la Ley 100 de 1993, que en la redacción original en su artículo 20, dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual, posteriormente fue ratificada en la Ley 797 de 2003, en su artículo 7.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no le asiste razón a la falladora de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios

contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.3. Colpensiones.** Indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y AFP Protección S.A., es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor la entidad pública 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 actora 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, seguros provisionales 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 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 a la afiliada 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 María del Pilar Ospina Riaño, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de junio de 1983, con cotizaciones hasta el 30 de marzo de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente

digital, PDF GRP-SCH-HL-66554443332211\_1609-20190923105249); que suscribió formulario de afiliación con Davivir Pensiones y Cesantías con fecha del 17 de febrero de 1997 (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, pág. 202, trasladándose posteriormente a AFP Porvenir S.A. con la suscripción del formulario el 30 de abril de 2002 (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, pág. 294), 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 y no en la actora, 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 a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- 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 la afiliada 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ

en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que se surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la información de manera particular e integral a la 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.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

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, las AFP demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar a la actora 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 la pasiva 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 demandante se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, de tal manera se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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 establecidos en la sentencia SU 062 de 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 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 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 Davivir Pensiones y Cesantías hoy AFP Protección S.A. en el año 1997, 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 a la potencial afiliada, 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, 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**

Aluden las codemandadas 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" modifica 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 de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

## **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, la afiliada 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 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 las AFP los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral, 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 las AFP privadas están 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL1637-2022).

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 SL2877-2020, 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, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de Davivir Pensiones y Cesantías hoy AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a Colpensiones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión de los fondos demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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 este valor durante la afiliación.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no engloba de manera expresa la devolución de los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencias SL-3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de

conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*", por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

### **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 impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. 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,

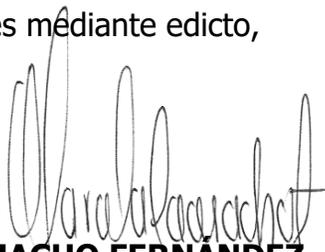
## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados conforme a la parte motiva de esta providencia.

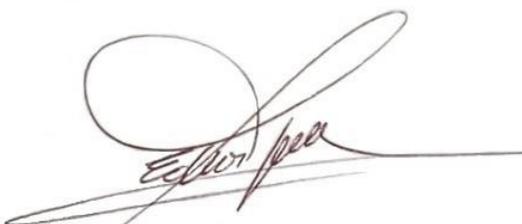
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Protección S.A., 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



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
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 cada una de las demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y 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:** HUGO AMADEO MORA MEDINA  
**Demandado:** COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**Radicación:** 39-2020-00250-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Hugo Amadeo Mora Medina instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual efectuada el 27 de junio de 1994. En consecuencia, pidió que se ordene a AFP Protección S.A. restituir todos los aportes, bonos pensionales y rendimientos acumulados en su cuenta de ahorro individual; a Colpensiones recibirlo como afiliado, además, reconocer y pagar la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida en agosto de 1977 y hasta junio de 1994, cuando efectuó traslado al RAIS administrado por la AFP Protección S.A., mediante la suscripción del formulario No. 90197; fondo de pensiones privado que omitió indicar que para acceder a la pensión de vejez debía acumular un monto determinado en su cuenta de ahorro individual, que parte de sus aportes se destinarán a cubrir prima de seguros, a la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de solidaridad Pensional y cubrir los costos de administración del régimen, y sobre los riesgos que ofrecía el cambio de régimen pensional, pues únicamente le indicaron las bondades y beneficios que ofrecía el nuevo régimen pensional. (Expediente electrónico, PDF 02PoderDemanda, págs. 3 a 15)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 13NotificacionAgenciaNacional20210306); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquel. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo 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, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. (Expediente electrónico, carpeta 14ContestaciónDemandaColpensiones20210622, PDF 02Contestación)

**3.2. AFP Protección S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Refirió que del formulario de vinculación que suscribió el actor se puede evidenciar que aquel acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizado de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como del afiliado. Esgrimió que la citada manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica. (Expediente electrónico, carpeta 05MemorialContestaciónProteccion20201008 PDF 02ContestaciónDemanda)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 2 de mayo de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró que el traslado que hizo el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de AFP Protección S.A. es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media. Condenó al citado fondo de pensiones a que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los valores por rendimientos y gastos de administración (estos debidamente indexados) que recibió durante el periodo de afiliación del actor y hasta que realice el traslado, sin que le sea dable descontar suma alguna por dinero que haya pagado por seguros previsionales, como son los dineros dirigidos a seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima; con destino a Colpensiones.

Ordenó a Colpensiones reciba los dineros y reactive la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad, así como el pago de la pensión de vejez bajo los postulados del artículo 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, a partir

del 1 de enero de 2020, en cuantía de \$3.884.675,22 por tres mesadas pensionales; retroactivo pensional debidamente indexado. Informó que la citada administradora puede acudir a las actuaciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, Por último, condenó en costas a AFP Protección S.A.

Para arribar a tal decisión tuvo como problemas jurídicos dilucidar si el traslado que hizo el actor del RPD al RAIS fue libre y voluntario o si por el contrario se debe declarar ineficaz ante la inobservancia de dichos supuestos, así mismo, si aquel tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión bajo de la Ley 100 de 1993, intereses moratorios o indexación. Con tal propósito, citó los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, así como la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que la decisión de traslado ha de ser libre y voluntaria, la cual no puede quedar con la sola suscripción del formulario de afiliación sin presión, fuerza y coerción, sino, que ese concepto va más allá bajo el entendido de que se hay suministrado un consentimiento o una libertad informada.

Expuso que la carga de la prueba les corresponde a las administradoras de pensiones y son ellas las que deben demostrar que efectivamente que se cumplió con ese deber de información, de tal manera, en el caso en concreto, sostuvo que la AFP accionada no cumplió con la citada carga probatoria, en tanto que no allegó ninguna prueba con miras a evidenciar que el trasladado fue precedido de una información clara y suficiente, lo que imponía acceder a declarar la ineficacia del traslado.

Frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez citó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, para significar que el actor cumplió con los supuestos normativos para la procedencia de la prestación económica reclamada, en tanto, la edad de 62 la satisfizo el 9 de septiembre de 2019, fecha para la cual también acreditó 1.300 semanas, dado que al momento de desafiliación al sistema, esto es, al 31 de diciembre del mismo año, tenía un total de 1.384 semanas cotizadas. Refirió que la fecha de causación de la pensión de vejez corresponde al 9 de septiembre de 2019, pero la data de efectividad de esta concierne al 1 de enero de 2020. Atinente a la liquidación de la prestación económica tomó en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, los aportes realizados durante los diez últimos años de servicio, por ser más beneficioso al demandante. (Expediente electrónico, audio

01AudArt77y80CptssHugoAmadeoMedinaMoraVsColpensionesProtecciónIneficacia)

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. AFP Protección S.A.** Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que durante el tiempo en que estuvo vinculado el actor, el fondo de pensiones realizó una excelente administración de su cuenta de ahorros individual, aspecto que se puede evidenciar con los rendimientos generados, de tal manera que condenar a trasladar los gastos de administración no solo se desconociera la citada gestión, sino el derecho a que tiene sobre las restituciones mutuas consagradas en el artículo 1746 del C.C., además de generarse un enriquecimiento sin justa causa a Colpensiones, entidad que nunca administró los aportes.

Recordó que los gastos de administración son autorizados por la Ley 100 de 1993, los cuales se realizan en igual proporción al régimen de prima media, además, tienen una naturaleza diferente a la de la pensión de vejez, por lo que incluso estarían afectados parcialmente de prescripción. Refirió que esos gastos son cobrados como perjuicios, aspecto que no se probó, es decir, no existe prueba de la concurrencia del daño, juramento estimatorio, nexos causal y una actuación a generar el menoscabo. Agregó que

se ampararon los riesgos de invalidez y muerte, y si bien no fue afectada la póliza, ello no quiere decir que no fueron canceladas las primas del seguro mes a mes.

**5.2. Colpensiones.** Formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, alegando que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. y los pronunciamientos de este Tribunal, específicamente en la sentencia con ponencia del Dr. Carlos Vargas del 10 de octubre de 2017, proceso 19-2015-00915-01, la carga de la prueba en estos procesos donde se reclaman vicios de error se encuentra en cabeza de la parte que lo alega. Así las cosas, dijo que le compete al aquí demandante demostrar los vicios del consentimiento, no bastando para ello su simple afirmación, además, porque resulta desproporcionado exigirle al Fondo de Pensiones acreditar tal situación, máxime cuando la afiliación se dio en el año 1995, es decir, cuando ya transcurrieron 20 años a la fecha, configurándose un imposible probar circunstancias que rodearon la suscripción del traslado.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Indicó que desde el Decreto 663 de 1993, se planteaba la obligación de información, oportuna, clara, suficiente y veraz en cabeza de las AFP con el fin de que las decisiones tomadas por los afiliados fuesen informadas y suficientes de tal manera que generaran en ellos la firme convicción de que serían la más favorables a sus intereses. Refirió que la jurisprudencia ha venido revisando de manera retrospectiva lo dispuesto por aquellas normas, toda vez que desde su promulgación les asistía a las AFP la obligación de implementar, en sus procesos de afiliación, los mecanismos idóneos y las estrategias necesarias para evitar confusiones o malas interpretaciones y así poder predicar, sin lugar a duda, la existencia de un consentimiento informado. Agregó que en el presente caso el fondo de pensiones demandado no logró acreditar que el actor recibió información completa, veraz, comparada y detallada que le mostrara ventajas y desventajas de pertenecer a uno y otro régimen.

**6.2. Colpensiones.** Alegó en su favor aduciendo que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, el actor contaba con 54 años, pues nació el 14 de marzo de 1964, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) y si bien se está frente a un error sobre un punto de derecho, también lo es que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Protección S.A. se estudiarán 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

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, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vi) ¿El actor es beneficiario del régimen de transición y Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez?

### **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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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

Se encuentra demostrado que Hugo Amadeo Mora Medina prestó sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional, entre el 2 de agosto de 1977 al 21 de octubre de 1981, afiliándose al otrora ISS, hoy Colpensiones, realizando aportes desde el 1 de febrero de 1985 hasta el 31 de mayo de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por dicha entidad (expediente electrónico PDF GRP-SCH-HL-66554443332211\_2003-20210608120632); y suscribió formulario de afiliación con AFP Protección S.A. el 17 de mayo de 1994, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

### **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 y 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 1994- la CSJ ha señalado que la AFP debía 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

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 circunstancias pues esto 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 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 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**

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 del 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Protección S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencias SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022 y, como acertadamente lo indicó la A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "*...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces*" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados, de allí que se siga confirmar la sentencia de primer grado.

### **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.

### **Pensión de vejez Ley 797 del 2003**

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará

en 50 semanas y a partir del 1º de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

**i) edad**

La demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 62 años el 9 de septiembre de 2019, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1957, como da cuenta la fotocopia de su cédula (Expediente electrónico, PDF 02PoderDemanda, pág. 67).

**ii) semanas**

Revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se evidencia que el demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.378.72 semanas al 31 de mayo de 2018, incluidos los tiempos de servicio que prestó ante el Ministerio de Defensa Nacional (Expediente electrónico, carpeta 05MemorialContestacionProteccion20201008 PDF 02ContestacionDemanda). Por tanto, acertó la Juez primigenia al señalar que el gestor del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

**Causación y disfrute**

Conforme a ello basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación *"se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

Lo anterior permite concluir, que la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, el actor cumplió su estatus pensional o causación el 9 de septiembre de 2019, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 del 2003; no obstante, su disfrute será a partir del 1 de enero de 2020, dado a que el actor realizó su última cotización pensional el 31 de diciembre de 2019, en los términos antes dichos y como bien lo señaló la juzgadora de primer grado.

**Ingreso base de liquidación**

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el procedimiento contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, calcularlo con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, el que le resulte más favorable, por tener el actor más de 1250 semanas de cotización, al que luego debe aplicarse la fórmula contemplada de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 para establecer la tasa de reemplazo.

Ahora, para la correcta aplicación de la fórmula matemática atrás aludida, es preciso tener en cuenta lo delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al

respecto, la que ha enseñado a liquidar la pensión de vejez de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con la modificación del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, en cuyos apartados pertinentes apunta:

*"En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en \$4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a \$497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio" (SL3785-2019).*

Así las cosas, tomando para el efecto los últimos diez años de su vida laboral se obtiene un Ingreso Base de Liquidación de **\$6.896.734,48**, el cual dividimos entre el valor del salario mínimo legal mensual vigente que para el año 2019, que es de \$ 828.116, queda como resultado de la operación aritmética 8.328, el cual multiplicado por 0.5 arroja un valor de 4.0, mientras que este resultado se lo restamos al 65.5% (que es el porcentaje mínimo de donde parte la pensión), arrojando el 61.5% que correspondería a la tasa de reemplazo, sin embargo, teniendo en cuenta que el actor cuenta con más de 1.300 semanas, es decir, 1.378.72, la tasa de reemplazo se incrementará en un 1,5%, para un total del 63,0%, que multiplicado por el IBL de \$6.896.734,48, nos deja una mesada pensional a partir del 1 de enero de 2020 en la suma de **\$4.344.942,73**.

Así las cosas, de conformidad con las operaciones aritméticas realizadas, según tabla que se anexa a este proveído, encuentra la Sala que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión en cuantía de **\$4.344.942,73** para el año 2020. Sin embargo, como quiera que la citada suma es superior a la determinada por la A quo, se mantendrá incólume tal decisión en tanto que dicho aspecto no fue objeto de reproche la parte demandante, ni mucho menos el salario base de la liquidación (IBL), además, no es dable hacer más gravosa la situación de la apelante única que lo es la parte accionada.

## **Prescripción**

En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

*"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía*

*interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente.”*

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, es necesario indicar que al haberse causado la pensión desde el 9 de septiembre de 2019 es claro que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, de esta manera se concluye que en el presente caso no opera el fenómeno de prescripción si se atiende al hecho de que la reclamación administrativa se realizó el 27 de mayo de 2020 y la demanda se presentó el 31 de julio de 2020, es decir, dentro del término trienal que demandan las normas atrás aludidas.

### **Conclusión**

De lo que viene dicho, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

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 2 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve 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 AFP Protección 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  
(Aclara voto)



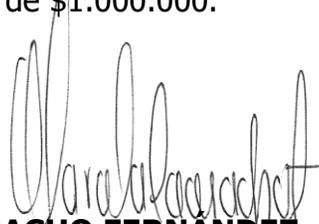
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

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 cada una de las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

Promedio Salarial Anual							
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/12/01	21/12/01	21	2.600.000	86.666,67	\$ 1.820.000,00		
Total días		21			\$ 1.820.000,00	\$ 86.666,67	\$ 2.600.000,00
Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	2.600.000,0	86.666,67	\$ 2.600.000,00		
01/02/02	28/02/02	30	1.815.000,0	60.500,00	\$ 1.815.000,00		
01/03/02	31/03/02	30	3.020.590,0	100.686,33	\$ 3.020.590,00		
01/04/02	30/04/02	30	3.015.000,0	100.500,00	\$ 3.015.000,00		
01/05/02	31/05/02	30	3.203.189,0	106.772,97	\$ 3.203.189,00		
01/06/02	30/06/02	30	4.338.537,0	144.617,90	\$ 4.338.537,00		
01/07/02	31/07/02	30	3.830.931,0	127.697,70	\$ 3.830.931,00		
01/08/02	31/08/02	30	3.216.222,0	107.207,40	\$ 3.216.222,00		
01/09/02	30/09/02	30	3.222.958,0	107.431,93	\$ 3.222.958,00		
01/10/02	31/10/02	30	3.380.434,0	112.681,13	\$ 3.380.434,00		
01/11/02	30/11/02	30	3.976.364,0	132.545,47	\$ 3.976.364,00		
01/12/02	31/12/02	30	5.997.617,0	199.920,57	\$ 5.997.617,00		
Total días		360			\$ 41.616.842,00	\$ 115.602,34	\$ 3.468.070,17
Año 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	3.235.528,00	107.850,93	\$ 3.235.528,00		
01/02/03	28/02/03	30	3.526.215,00	117.540,50	\$ 3.526.215,00		
01/03/03	31/03/03	30	3.237.197,00	107.906,57	\$ 3.237.197,00		
Total días		90			\$ 9.998.940,00	\$ 111.099,33	\$ 3.332.980,00
Año 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/11/06	30/11/06	30	3.976.000,00	132.533,33	\$ 3.976.000,00		
01/12/06	31/12/06	30	3.976.000,00	132.533,33	\$ 3.976.000,00		
Total días		60			\$ 7.952.000,00	\$ 132.533,33	\$ 3.976.000,00
Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	3.976.000,00	132.533,33	\$ 3.976.000,00		
01/02/07	28/02/07	30	4.362.000,00	145.400,00	\$ 4.362.000,00		
01/03/07	31/03/07	30	4.169.000,00	138.966,67	\$ 4.169.000,00		
01/04/07	30/04/07	30	3.976.000,00	132.533,33	\$ 3.976.000,00		
01/05/07	31/05/07	30	3.977.000,00	132.566,67	\$ 3.977.000,00		
01/06/07	30/06/07	30	3.978.000,00	132.600,00	\$ 3.978.000,00		
01/07/07	31/07/07	30	3.978.000,00	132.600,00	\$ 3.978.000,00		
01/08/07	31/08/07	30	3.976.000,00	132.533,33	\$ 3.976.000,00		
01/09/07	30/09/07	30	3.976.000,00	132.533,33	\$ 3.976.000,00		
01/10/07	31/10/07	30	3.976.000,00	132.533,33	\$ 3.976.000,00		
01/11/07	30/11/07	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,00		
01/12/07	31/12/07	30	3.734.000,00	124.466,67	\$ 3.734.000,00		
Total días		360			\$ 48.059.000,00	\$ 133.497,22	\$ 4.004.916,67
Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	3.335.000,00	111.166,67	\$ 3.335.000,00		
01/02/08	29/02/08	30	4.206.000,00	140.200,00	\$ 4.206.000,00		
01/03/08	31/03/08	30	4.206.000,00	140.200,00	\$ 4.206.000,00		
01/04/08	30/04/08	30	4.200.000,00	140.000,00	\$ 4.200.000,00		
01/05/08	31/05/08	30	4.200.000,00	140.000,00	\$ 4.200.000,00		
01/06/08	10/06/08	10	636.000,00	21.200,00	\$ 212.000,00		
Total días		160			\$ 20.359.000,00	\$ 127.243,75	\$ 3.817.312,50
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/12/12	31/12/12	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
Total días		30			\$ 4.500.000,00	\$ 150.000,00	\$ 4.500.000,00
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/02/13	28/02/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/03/13	31/03/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/04/13	30/04/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/05/13	31/05/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/06/13	30/06/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/07/13	31/07/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/08/13	31/08/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/09/13	30/09/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/10/13	31/10/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/11/13	30/11/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/12/13	31/12/13	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
Total días		360			\$ 54.000.000,00	\$ 150.000,00	\$ 4.500.000,00
Año 2014							

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	3.633.000,00	121.100,00	\$ 3.633.000,00		
01/02/14	28/02/14	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/03/14	31/03/14	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/04/14	30/04/14	30	4.500.000,00	150.000,00	\$ 4.500.000,00		
01/05/14	31/05/14	30	4.950.000,00	165.000,00	\$ 4.950.000,00		
01/06/14	30/06/14	30	4.725.000,00	157.500,00	\$ 4.725.000,00		
01/07/14	31/07/14	30	4.725.000,00	157.500,00	\$ 4.725.000,00		
01/08/14	31/08/14	30	4.725.000,00	157.500,00	\$ 4.725.000,00		
01/09/14	30/09/14	30	4.725.000,00	157.500,00	\$ 4.725.000,00		
01/10/14	31/10/14	30	4.725.000,00	157.500,00	\$ 4.725.000,00		
01/11/14	30/11/14	30	4.725.000,00	157.500,00	\$ 4.725.000,00		
01/12/14	31/12/14	30	4.725.000,00	157.500,00	\$ 4.725.000,00		
Total días		360			\$ 55.158.000,00	\$ 153.216,67	<b>\$ 4.596.500,00</b>
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	5.565.000,00	185.500,00	\$ 5.565.000,00		
01/02/15	28/02/15	30	4.795.000,00	159.833,33	\$ 4.795.000,00		
01/03/15	31/03/15	30	4.973.000,00	165.766,67	\$ 4.973.000,00		
01/04/15	30/04/15	30	4.725.000,00	157.500,00	\$ 4.725.000,00		
01/05/15	31/05/15	30	5.386.000,00	179.533,33	\$ 5.386.000,00		
01/06/15	30/06/15	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
01/07/15	31/07/15	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
01/08/15	31/08/15	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
01/09/15	30/09/15	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
01/10/15	31/10/15	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
01/11/15	30/11/15	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
01/12/15	31/12/15	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
Total días		360			\$ 60.836.000,00	\$ 168.988,89	<b>\$ 5.069.666,67</b>
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	5.546.000,00	184.866,67	\$ 5.546.000,00		
01/02/16	29/02/16	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
01/03/16	31/03/16	30	5.056.000,00	168.533,33	\$ 5.056.000,00		
01/04/16	30/04/16	30	5.398.000,00	179.933,33	\$ 5.398.000,00		
01/05/16	31/05/16	30	5.398.000,00	179.933,33	\$ 5.398.000,00		
01/06/16	30/06/16	30	5.398.000,00	179.933,33	\$ 5.398.000,00		
01/07/16	31/07/16	30	5.398.000,00	179.933,33	\$ 5.398.000,00		
01/08/16	14/08/16	14	2.519.000,00	83.966,67	\$ 1.175.533,33		
16/08/16	31/08/16	15	3.500.000,00	116.666,67	\$ 1.750.000,00		
01/09/16	30/09/16	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,00		
01/10/16	31/10/16	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,00		
01/11/16	30/11/16	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,00		
01/12/16	31/12/16	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,00		
Total días		359			\$ 68.175.533,33	\$ 189.903,99	<b>\$ 5.697.119,78</b>
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	7.376.000,00	245.866,67	\$ 7.376.000,00		
01/02/17	28/02/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/03/17	31/03/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/04/17	30/04/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/05/17	31/05/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/06/17	30/06/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/07/17	31/07/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/08/17	31/08/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/09/17	30/09/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/10/17	31/10/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/11/17	30/11/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
01/12/17	31/12/17	30	7.490.000,00	249.666,67	\$ 7.490.000,00		
Total días		360			\$ 89.766.000,00	\$ 249.350,00	<b>\$ 7.480.500,00</b>
Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	7.725.686,00	257.522,87	\$ 7.725.686,00		
01/02/18	28/02/18	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
01/03/18	31/03/18	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
01/04/18	30/04/18	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
01/05/18	31/05/18	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
01/06/18	30/06/18	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
01/07/18	31/07/18	30	8.303.807,00	276.793,57	\$ 8.303.807,00		
01/08/18	31/08/18	30	8.731.910,00	291.063,67	\$ 8.731.910,00		
01/09/18	30/09/18	30	8.731.910,00	291.063,67	\$ 8.731.910,00		
01/10/18	31/10/18	30	8.731.910,00	291.063,67	\$ 8.731.910,00		
01/11/18	30/11/18	30	8.731.910,00	291.063,67	\$ 8.731.910,00		
01/12/18	31/12/18	30	8.731.910,00	291.063,67	\$ 8.731.910,00		
Total días		360			\$ 99.348.593,00	\$ 275.968,31	<b>\$ 8.279.049,42</b>
Año 2019							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	8.768.785,00	292.292,83	\$ 8.768.785,00		
01/02/19	28/02/19	30	8.760.035,00	292.001,17	\$ 8.760.035,00		
01/03/19	31/03/19	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
01/04/19	30/04/19	30	9.782.689,00	326.089,63	\$ 9.782.689,00		
01/05/19	31/05/19	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
01/06/19	30/06/19	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		

<b>01/07/19</b>	<b>31/07/19</b>	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
<b>01/08/19</b>	<b>31/08/19</b>	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
<b>01/09/19</b>	<b>30/09/19</b>	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
<b>01/10/19</b>	<b>31/10/19</b>	30	6.609.922,00	220.330,73	\$ 6.609.922,00		
<b>01/11/19</b>	<b>30/11/19</b>	30	6.698.055,00	223.268,50	\$ 6.698.055,00		
<b>01/12/19</b>	<b>31/12/19</b>	30	7.931.910,00	264.397,00	\$ 7.931.910,00		
Total días		360			\$ 96.142.856,00	\$ 267.063,49	<b>\$ 8.011.904,67</b>
<b>Cálculo Últimos Diez Años</b>							
<b>AÑO</b>	<b>Nº. Días</b>	<b>IPC inicial</b>	<b>IPC final</b>	<b>Factor de indexación</b>	<b>Sueldo promedio mensual</b>	<b>Salario actualizado</b>	<b>Salario anual</b>
2001	21	43,270	100,000	2,311	\$ 2.600.000,00	\$ 6.008.782,07	\$ 4.206.147,45
2002	360	46,580	100,000	2,147	\$ 3.468.070,17	\$ 7.445.406,11	\$ 89.344.873,34
2003	90	49,830	100,000	2,007	\$ 3.332.980,00	\$ 6.688.701,59	\$ 20.066.104,76
2006	60	58,700	100,000	1,704	\$ 3.976.000,00	\$ 6.773.424,19	\$ 13.546.848,38
2007	360	61,330	100,000	1,631	\$ 4.004.916,67	\$ 6.530.110,33	\$ 78.361.323,98
2008	160	64,820	100,000	1,543	\$ 3.817.312,50	\$ 5.889.096,73	\$ 31.408.515,89
2012	30	76,190	100,000	1,313	\$ 4.500.000,00	\$ 5.906.286,91	\$ 5.906.286,91
2013	360	78,050	100,000	1,281	\$ 4.500.000,00	\$ 5.765.534,91	\$ 69.186.418,96
2014	360	79,560	100,000	1,257	\$ 4.596.500,00	\$ 5.777.400,70	\$ 69.328.808,45
2015	360	82,470	100,000	1,213	\$ 5.069.666,67	\$ 6.147.285,88	\$ 73.767.430,58
2016	359	88,050	100,000	1,136	\$ 5.697.119,78	\$ 6.470.323,43	\$ 77.428.203,67
2017	360	93,110	100,000	1,074	\$ 7.480.500,00	\$ 8.034.045,75	\$ 96.408.549,03
2018	360	96,920	100,000	1,032	\$ 8.279.049,42	\$ 8.542.147,56	\$ 102.505.770,74
2019	360	100,000	100,000	1,000	\$ 8.011.904,67	\$ 8.011.904,67	\$ 96.142.856,00
<b>Total días</b>	<b>3600</b>	<b>Total devengado últimos diez años actualizado</b>			<b>2019</b>		<b>\$ 827.608.138,14</b>
<b>Total semanas</b>	<b>514,29</b>	<b>Ingreso Base Liquidación</b>					<b>\$ 6.896.734,48</b>
<b>Porcentaje aplicado</b>						<b>63%</b>	
<b>Primera mesada</b>						<b>\$ 4.344.942,73</b>	



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ELENA CAVELIER FRANCO  
**Demandadas:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 09-2020-00369-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### SENTENCIA

#### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ALEJANDRA BARRAGÁN COAVA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Elena Cavelier Franco instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó el 1 de enero de 1995, por falta de información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado. Así las cosas, pidió que se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, la totalidad de aportes que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; a esta última a recibirla sin solución de continuidad, con la consecuente corrección y actualización de la historia laboral, además, solicitó lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó desde su afiliación al régimen de prima media con prestación definida el 16 de septiembre de 1988, un total de 328 semanas al ISS. Refirió que para el 1 de enero de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación a AFP Porvenir S.A., sin embargo, dijo que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración, dado que no le fue suministrada una información clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado. (Expediente electrónico, PDF A1 folio 1 a 64 expediente digital - Demanda y anexos, págs. 48 a 62).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF A6 folio 272 a 282 - Trámite de notificación a entidades públicas); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la accionante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen y aunque dijo que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, también señaló que si aquella decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información que le brindaron los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada, no obra prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su vinculación y que llegue a invalidar la afiliación.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF A7 folio 283 a 487 - Contestación de la demanda de Colpensiones).

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que el traslado efectuado goza de completa validez en la medida en que le proporcionó a la demandante información clara, veraz y oportuna. Resaltó que informó acerca de las características, ventajas y desventajas que componen el RAIS, para que aquella tomará una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado, de manera que, dicho traslado goza de completa validez y no debe ser anulado. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, A4 folio 133 al 268 expediente digital - Contestación de Porvenir S.A.).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 7 de febrero de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Ordenó al citado ente público recibir todos los valores trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral las correspondientes semanas. Gravó en costas únicamente al fondo de pensiones accionado.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico a resolver si procede la ineficacia del traslado que realizó la actora al RAIS, por incumplimiento del deber de información y, como consecuencia de ello, si hay lugar a devolver todos los dineros que hubiere recibido el fondo de pensiones. Con tal propósito, luego de citar el referente normativo aplicable al caso en concreto, así como la línea jurisprudencial que sobre el tema ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte, sostuvo que al verificar las pruebas aportadas y practicadas en el presente asunto las mismas no le permiten deducir que AFP Porvenir S.A. al momento del tránsito al régimen de ahorro individual le hubiere indicado a la promotora de la litis las características o desventajas objetivas de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, pues para probar el cumplimiento del deber de información no basta con la manifestación que quedó plasmada en el texto del formulario, de tal manera que impidió que la usuaria contará con elementos de juicio

suficientes para determinar, según sus intereses, que le resultaba más beneficioso, situación que imponía acceder a las pretensiones esbozadas en la demanda. (Expediente electrónico, audio B3 Audiencia 2020-00369-20220407 folio 573 parte 2).

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

**5.1. Colpensiones.** Recurrió la decisión proferida manifestando que no obra prueba en el expediente que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del C.C., ya sea por error, fuerza o dolo. Indicó que se está ante un error en un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones. Indicó que la interpretación del artículo 1604 de la misma codificación que realiza la Corte Suprema de Justicia, hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierte en objetiva, toda vez que no exige a la actora allegar soporte alguno con miras a demostrar la existencia de los citados vicios.

Explicó que toda la carga probatoria recae en el fondo de pensiones, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante, aspecto que considera quiebra toda lógica de las cargas probatorias, dado que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien cause el daño, situación que no aplica en casos de traslado de régimen, debido a que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse. Agregó que existen obligaciones recíprocas de conformidad con el Decreto 2241 de 2010, en el que se establece el régimen de protección al consumidor financiero, de manera que si en gracia de discusión se admitiera la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen, la actora tuvo que haberlo advertido en esa oportunidad, por lo que indefectiblemente a partir de esta fecha debía contarse el plazo de 4 años con que contaba para pedir la rescisión del acto jurídico, de conformidad con el artículo 1750 del C.C. y como no lo hizo ese hecho debe tenerse como ratificación tácita del acto, lo que sana cualquier vicio que hubiese podido existir. (Expediente electrónico, audio B3 Audiencia 2020-00369-20220407 folio 573 parte 2).

**5.2. AFP Porvenir S.A.** En su alzada esgrimió que la vinculación que tuvo la demandante para el año 2000 con el fondo de pensiones es completamente válida y eficaz, toda vez que para dicha época cumplió con lo dispuesto en la normatividad vigente, es decir, la debida asesoría y respeto del derecho de libre elección de régimen pensional, así, se encuentra demostrado con el formulario de afiliación en el cual la afiliada dio fe de recibir información y aceptar las condiciones de manera libre y voluntaria. Indicó que desde la Ley 100 de 1993 existe el deber de información, no obstante, se ha venido incrementando por vía legal y jurisprudencial, razón por la cual, para la fecha de afiliación, lo imperativo era que no hubiera coacción por medio de sus asesores y se respetara su libre elección, por lo que el formulario daba certeza de esas dos situaciones.

Dijo que para esa época no existían los deberes de buen consejo y doble asesoría o desincentivar la afiliación, de manera que no podían ser exigidos con posterioridad. Adiciona que habiendo pasado varios años desde aquel momento de afiliación, no resulta justo y coherente que los fondos privados se les impongan la carga de demostrar su deber de información, máxime cuando en estos 20 años la actora ha ratificado su permanencia al realizar sus cotizaciones y no haberse devuelto al ISS. Resaltó que la demandante manifestó en su interrogatorio de parte que no conoció las condiciones del régimen de prima media con prestación definida, luego es incongruente que ahora pretenda trasladarse al citado régimen.

Indicó que en todo caso no resulta justo la devolución de gastos, toda vez que realizó una correcta gestión de los recursos del demandante y si bien hizo alguna deducción, lo efectuó amparada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de manera que debe conservar estos conceptos, además, porque en un eventual reconocimiento pensional en el régimen de prima media, los aportes y rendimientos son suficientes para sufragar la pensión.

(Expediente electrónico, audio B3 Audiencia 2020-00369-20220407 folio 573 parte 2).

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que la AFP demandada no logró que el traslado de régimen efectuado el 1 de septiembre de 2000 hubiere estado precedido de la suficiente ilustración e información por parte de esta, razón por la cual vulnero el deber de información contemplado en el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

**6.2. Colpensiones.** En su escrito de alegaciones esgrimió que no se demostró ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado, en el entendido que la actora, manifestó que por voluntad propia suscribió y firmó el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**6.3. AFP Porvenir S.A.** En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, se estudiarán 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 las 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 la 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 actora 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, seguros provisionales 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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

Se encuentra demostrado que Elena Cavelier Franco, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 16 de septiembre de 1988, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (Expediente electrónico, PDF A7 folio 283 a 487 - Contestación de la demanda de Colpensiones, págs. 175 a 182); que suscribió formulario de afiliación con el Fondo de Pensiones Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 24 de julio de 2000 (Expediente digital, PDF A4 folio 133 al 268 expediente digital - Contestación de Porvenir S.A., pág. 10), donde se encuentra actualmente vinculada, 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 y 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 a la afiliada 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 debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegirlo del interrogatorio de parte que se surtió a la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura.

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 es equívoca la postura de la 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 circunstancias pues esto 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 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 establecidos 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 le debe indicar a las demandadas 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 la actora 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, la afiliada 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, por lo que se despachará negativamente el motivo de alzada en este punto.

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

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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "*...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces*" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*", por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

### **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, por lo que este punto de alzada se despachará negativamente.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

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,

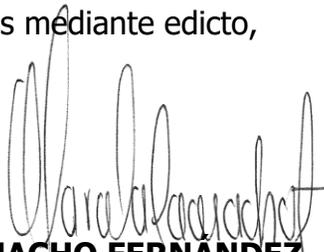
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral segundo de la sentencia consultada y apelada y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la señora ELENA CAVELIER FRANCO, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**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 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



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y 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:** GLORIA AMPARO MONTEALEGRE CAPERA  
**Demandadas:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 34-2019-00714-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### SENTENCIA

#### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. NORTHEY ALEJANDRA HUÉRFANO HUÉRFANO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Gloria Amparo Montealegre Capera instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la omisión del deber profesional de información y, en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la AFP codemandada la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación y que en caso de haber otorgado previamente pensión de vejez a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados los recursos a Colpensiones, para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados. Por último, pidió lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que fue afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones a partir del 15 de mayo de 1983 y como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos de pensiones, se trasladó de régimen el 26 de julio de 1999. Indicó que la AFP Porvenir S.A. a través de su representante o promotor al momento de la afiliación, únicamente se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregar información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS con las consecuencias negativas de abandonar el régimen al que se encontraba afiliada o cotizando para pensión y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tomar en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones. (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420190071400 (fls. 1 a 224), págs. 3 a 40).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 11. Notificación); sin embargo, no se hizo presente,

ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando para tal efecto que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Indicó que no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad la demandante cuando realizó el traslado, además, aquella no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 y se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003. 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, 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 genérica. (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420190071400 (fls. 1 a 224), págs. 3 a 40).

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que el traslado realizado fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada después de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación núm. 01220422, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y presume auténtico en términos de los artículos 243 y 244 del CGP y parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.

Refirió que su permanencia en el RAIS durante 21 años ha sido producto de su voluntad, de su complacencia con el mismo y su expectativa legítima de pensionarse bajo sus condiciones, además, no expresó inconformidad alguna por ausencia de información o solicitó su traslado al RPM, teniendo amplios términos para hacerlo, toda vez que la afiliación se presentó en el año 1999. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 08. Contestación PORVENIR (fls. 616 a 744))

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 3 de mayo de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Porvenir S.A., además, gravó a esta última en costas.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico a resolver si se torna nulo por ineficacia el traslado realizado por la actora al RAIS y en caso afirmativo si Colpensiones debe recibirla nuevamente en el régimen de prima media, junto con la obligación de la AFP codemandada de restituir todos los valores obtenidos en virtud de su afiliación. Con tal propósito, se remitió inicialmente al contenido del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 indicando que aquella disposición otorgó la facultad a los afiliados de acogerse a un régimen pensional, siempre y cuando su decisión esté basada en la libertad de elección, además, citó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que el papel fundamental que desempeñan las administradoras de

fondos de pensiones en cuanto al manejo del sistema de Seguridad Social y respecto a lograr una adecuada asesoría a sus afiliados, de manera que la simple manifestación genérica aceptación de las condiciones no es suficiente y por ende corresponde dar cuenta que actuó diligentemente en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Significó con lo anterior que la AFP Porvenir S.A. omitió el deber de suministrar información suficiente para que la actora tomará una decisión de traslado de régimen, situación que imponía acceder a las pretensiones esbozadas en la demanda. (Expediente digital, audio "20. Grabación audiencia 03 de mayo 2022 (fls.")).

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

**5.1. Colpensiones.** Recurrió la decisión proferida manifestando que si el afiliado encuentra que el régimen al que se encuentra vinculado no es el que le conviene, la normatividad vigente lo faculta para trasladarse entre regímenes una vez cada 5 años contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le faltaren 10 años, para adquirir su derecho a la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Indicó que con respecto a la nulidad la misma no debe ser declarada, ya que se está ante un error sobre un punto de derecho que no vicia el consentimiento, además, porque el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos que taxativamente la ley ordena para el año acaecido.

Adiciona que la Superintendencia Bancaria estableció en Circular Externa No. 019 de 1998, que en virtud del Decreto 692 de 1994 el diligenciamiento del formulario es efectivo para realizar el traslado de regímenes pensionales y este era el único requisito sustancial que exigía la Ley, pues en este se consignaba la voluntad de afiliación de quien lo suscribe, que aceptaba directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en el mismo, por tanto, el desconocimiento de cualquier disposición frente a este, no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado. Refirió que los dos regímenes tienen diferente forma de distribución del aporte, por lo tanto, fueron 22 años en los que no ayudó a financiar las pensiones, ni cobró gastos de administración, aspecto que va en un detrimento patrimonial y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional. (Expediente digital, audio "20. Grabación audiencia 03 de mayo 2022 (fls.")).

**5.2. AFP Porvenir S.A.** En su alzada esgrimió que de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el formulario de afiliación es un requisito para la existencia y validez del contrato y con su suscripción se establece la aceptación de todas las condiciones del régimen, en ese sentido, al ser un documento que se presume auténtico, se acredita el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo del fondo de pensiones. Resaltó que para el momento de vinculación únicamente tenía la obligación de conservar el formulario y no prueba diferente que diera cuenta de la información que se le brindó.

Refirió que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 señala que la afiliación queda sin efecto cuando medien actos que atenten contra la vinculación o que impidan el ejercicio de dicho derecho, es decir, a situaciones dolosas las cuales no se lograron acreditar en el curso de la presente demanda respecto de la afiliación de la demandante al RAIS. Indicó que actuó con el deber de información vigente al momento de la afiliación, pero en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia, debe absolverse de devolver lo descontado por concepto de comisiones y gastos de administración, dado que estos conceptos se encuentran autorizados por la citada ley y fue como consecuencia de la buena administración que ejerció sobre el capital contenido en la cuenta de ahorro individual. Aseveró que de mantenerse su condena se estaría enriqueciendo sin justa causa a Colpensiones, en la medida que no existe norma que disponga la devolución y están sujetos a prescripción. (Expediente digital, audio "20. Grabación audiencia 03 de mayo 2022 (fls.")).

## 6. Alegatos de conclusión

**6.1. Colpensiones.** Alegó en su favor aduciendo que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, la actora contaba con 55 años, pues nació el 21 de abril de 1964, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) y si bien se está frente a un error sobre un punto de derecho, también lo es que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no le asiste razón a la falladora de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, se estudiarán 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 las 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 la 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 actora 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, seguros provisionales 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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

Se encuentra demostrado que Gloria Amparo Montealegre Capera, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 8 de mayo de 1985, con cotizaciones hasta el 28 de julio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420190071400 (fls. 1 a 224), págs. 64 a 69).; que suscribió formulario de afiliación con el Fondo de Pensiones Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 26 de julio de 1999 (Expediente digital, PDF 08. Contestación PORVENIR (fls. 616 a 744), pág. 79), donde se encuentra actualmente vinculada, 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 y 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 a la afiliada 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 debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

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 es equívoca la postura de la 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 circunstancias pues esto 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 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 establecidos 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 le debe indicar a las demandadas 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 la actora 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, la afiliada 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, por lo que se despachará negativamente el motivo de alzada en este punto.

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

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 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir

el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

### **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, por lo que este punto de alzada se despachará negativamente.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. 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 consultada y apelada y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la señora **GLORIA AMPARO MONTEALEGRE CAPERA**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A que se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**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 de la demandante 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 FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** CHRISTIAN CONSTANZA LUENGAS PRIETO  
**Demandados:** FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ Y OTRO  
**Radicado No.:** 15-2019-00350-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-REVOCA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Christian Constanza Luengas Prieto instauró demanda ordinaria contra Fundación Hospital Infantil Universitario de San José y UMAF Limitada, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia entre el 14 de enero del 2012 al 23 de mayo de 2016 y fue terminado sin justa causa. Como consecuencia de ello, se condene a las demandadas al pago de cesantía y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, aportes al sistema de seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, sanción por la no consignación de cesantías, indemnización moratoria, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 14 de enero del 2012 ingresó a laborar en la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, mediante un contrato de prestación de servicios, con el objeto de desempeñar el cargo de fonoaudióloga, teniendo una jornada de trabajo los sábados, domingos y festivos de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. y un salario en la suma de \$689.454. Sostuvo que el 23 de mayo de 2016, por decisión de la Unión de Médicos de la Actividad Física, fue finalizado sin justa causa el vínculo laboral. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteHastaFolio97, págs. 5 a 12 y 24 a 31).

### 2. Contestación de la demanda

**2.1. Fundación Hospital Infantil Universitario de San José.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no ha sido empleadora de la actora, en consecuencia, no recibió órdenes, tampoco instrucciones ni remuneración alguna por parte de la fundación. Expuso que firmó contrato de suministro de servicios de salud terapéuticas, de prevención, acondicionamiento y rehabilitación física, con la contratista Unión de Médicos de la Actividad Física – UMAF LTDA, la cual cuenta con autonomía técnica y administrativa, a su vez, con recursos propios para atender sus compromisos y obligaciones frente al personal que contrata y, encargada de acreditar los procesos que suministra ante las autoridades respectivas en cuestión de calidad y seguridad del servicio. Frente a los

supuestos fácticos no aceptó ninguno de estos y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteHastaFolio97, págs. 52 a 62).

**2.2. UMAF Limitada.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones de esta, aduciendo que la relación jurídica existente entre las partes estuvo regida bajo un contrato de prestación de servicios y no de carácter laboral, por ende, no le corresponde reconocer derecho alguno derivado del nexo pretendido. Atinente a los hechos de la demanda aceptó los enlistados en el numeral 1º y 4º, relacionado con que la actora inició a prestar sus servicios el 14 de enero de 2012, mediante un contrato de prestación de servicios, sin que mediara una relación laboral, mismo que finalizó el 23 de mayo de 2016. Frente a los demás señaló no ser ciertos o no constarle y formuló las excepciones de mérito que denominó falta de prestación continuada del servicio, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteHastaFolio97, págs. 129 a 141).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 2 de mayo del 2022, en la que el fallador absolvió a las demandadas de todas las pretensiones invocadas por la actora, declarando probada las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y relación laboral y condenando en costas a la parte actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si entre las partes existió un contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad y en virtud de ello, si le asiste derecho a las acreencias reclamadas en el libelo primigenio. Con tal propósito, citó los artículos 23 y 24 del CST, así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y con ello precisó que le corresponde a la actora demostrar la prestación del servicio, para así obligar a las accionadas a desvirtuar la presunción contenida en la citada disposición.

Bajo ese horizonte, una vez se adentró al análisis del acervo probatorio, mencionó que la demandada UMAF Limitada confesó que la actora prestó personalmente un servicio a su favor, aspecto ratificado con las certificaciones arrimadas al plenario por parte de la citada demandada, pero aclaró que no existía prueba tendiente a probar que aquella prestó el servicio a favor de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, debiéndose por tanto absolver de las pretensiones incoadas en contra de esta última. Sentado lo anterior, indicó que demostrada la prestación personal del servicio a favor de UMAF Limitada, surge a favor de la promotora de la litis la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la cual corresponde desvirtuar a la llamada a juicio.

Tras analizar el interrogatorio de parte que surtió la demandante, evidenció que aquella manifestó de forma reiterada en que era autónoma y libre en su ejercicio laboral, además, indicó que dejó al descubierto que el empleador no le imponía horarios, en tanto, que su labor la hacía sábados, domingos y festivos entre 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y a veces hasta las 6:00 p.m.; a lo que sumó que de conformidad con las cuentas de cobro que obran en el expediente, observa que variaba las horas laboradas y sus pagos.

De lo anterior consideró que "*ella en forma autónoma y libre decidía trabajar más horas u otro día menos horas, lo cual representaba mayores ingresos*", aspecto que ratifica su independencia en la ejecución de su labor, con ello, aduce se desvirtúa la presunción contenida en el artículo 24 de la norma sustantiva laboral. Agregó que no se encuentra acreditado si el servicio fue continuo y permanente, además, que la subordinación tampoco se halló probada, dado que no tuvo certeza de que algún superior o jefe inmediato haya dado alguna orden a la actora, máxime cuando aquella ni siquiera allegó

prueba testimonial que convalide tal elemento. (Expediente digital, audio 05Audiencia2deMayo2022Ord201900350).

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que de manera honesta y responsable manifestó el tipo de vinculación que ella sostuvo con la demandada, labor que prestó de manera continua y permanente, cumpliendo con sus obligaciones que radican en la prestación del servicio de interconsulta, las cuales eran programadas para los sábados, domingos y lunes festivos, incluidos los festivos de semana santa. Señaló que en virtud de lo esbozado por la Corte Constitucional y de acuerdo con el contenido del artículo 23 del C.S.T., es dable inferir que se dan los presupuestos para declarar la existencia del contrato de trabajo, entre tanto, la prestación del servicio se hizo de manera continua durante más de 4 años, bajo una estricta subordinación y recibiendo un salario como retribución a sus servicios. (Expediente digital, audio 05Audiencia2deMayo2022Ord201900350).

## **5. Alegatos de conclusión**

**5.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que no es de recibo los fundamentos jurídicos planteados por el A quo, para negar las pretensiones de la demanda, por cuanto de las pruebas arrimadas al proceso, se evidencia claramente la existencia de la relación laboral existente con las demandadas.

**5.2. UMAF Limitada.** Indicó en su escrito de alegaciones que la actora estuvo vinculada a través de un contrato de prestación de servicios con la pasiva, sin que se presentaran en dicha relación los supuestos que presuponen la existencia de un nexo laboral, ya que ninguna de las pruebas allegadas al expediente permite evidenciarlo.

**5.3. Fundación Hospital Infantil Universitario de San José.** Esgrimió como fundamentos de sus alegaciones que la promotora del proceso nunca fue empleada de la fundación, dado a que aquella prestó sus servicios profesionales a la codemandada Union de Médicos de la Actividad física – UMAF –, mediante Contrato de Prestación de Servicios Profesionales.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la 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 la recurrente.

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

- (i) ¿La demandada UMAF LTDA fungió como empleadora de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- (ii) De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos peticionados en el escrito genitor?

## **Relación laboral**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, 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 CST, 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 alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

*"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de la señora Christian Constanza Luengas Prieto a favor de la UMAF LIMITADA, en tanto, tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello, además, la Sala evidencia que el mencionado hecho se acredita además con la certificación expedida por la citada codemandada el 20 de abril de 2012 (expediente digital PDF. 01ExpedienteHastaFolio97, pág. 14), la carta de terminación del contrato de prestación de servicios adiada 23 de mayo de 2016 (expediente digital PDF. 01ExpedienteHastaFolio97, pág. 15) y lo confesado en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

En este punto conviene precisar que, tal y como viene dirigido el reproche frente a la sentencia de primer grado, no se discutieron por la recurrente las inferencias del A quo según las cuales la actora no allegó medio de persuasión tendiente a demostrar que prestó personalmente sus servicios a favor de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, de modo que, al no controvertir tal afirmación y encontrándose probado que dicho

servicio lo prestó a favor de UMAF LTDA, corresponderá entonces a esta última desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., en aras de acreditar a través de los medios de convencimiento que considere suficientes que el vínculo se dio de manera autónoma e independiente, en desarrollo de un nexo diferente al laboral.

Revisadas el plenario, no existe prueba, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, siendo nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada. Ante tal falencia probatoria, le implicaba a la A quo tener por cierto que el servicio se prestó bajo el elemento de la subordinación, de allí que sea desacertada la conclusión, cuando infirió la inexistencia del linaje laboral entre las partes dada la manifestación de la existencia del contrato de prestación de servicios.

En ese contexto, la Sala no puede pasar por alto la exigencia que la juez de primer grado le creó a la demandante, al estimar que aquella era quien debía probar que la prestación del servicio lo fue de manera subordinada, considerando que no allegó elemento de persuasión tendiente al mismo fin, cuando tal imposición no sólo quebranta disposiciones legales que regulan este asunto en concreto, en la medida que deja de un lado la presunción consagrada en el artículo 24 del CST que, precisamente, privilegia la prestación personal del servicio de la trabajadora como expresión del vínculo laboral, aún por encima del esquema contractual adoptado por las partes; sino, también, cuando deja de resolver bajo la perspectiva de la primacía de la realidad sobre las formas que al inicio de esta sentencia se dejó sentada y que demanda prevalencia a las circunstancias que rodearon la relación contractual más allá de las formalidades resultantes del contrato civil suscrito por las partes.

De hecho, es notorio el desacierto en que incurrió cuando consideró, además, que como la actora en su interrogatorio aceptó que podía disponer de sus horarios para la prestación de los servicios como fonoaudióloga de rehabilitación, se podía concluir que la llamada a juicio desvirtuó la presunción de subordinación, en la medida que era autónoma en el desempeño de sus actividades. Conclusión que es equivocada y alejada de la realidad probatoria, si en cuenta se tiene que al revisar el interrogatorio que surtió aquella frente a este puntual aspecto, la Sala no aprecia que la actora, frente al desempeño de las labores hubiera confesado que era autónoma e independiente para su ejecución, pues, sólo se tiene que, efectivamente, admitió que al momento de la celebración del contrato de prestación de servicios la demandada le señaló que tenía que asistir los sábados, domingos y festivos y que en virtud de ello, además de entregar cuentas de cobro para el recaudo de sus honorarios, podía disponer del horario de trabajo, aclarando, que escogió el horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., para atender pacientes que previamente eran asignados por la convocada en instalaciones del Hospital demandado. Aceptó que le pagaban por hora laborada sin tener en cuenta si debía o no atender a usuarios del servicio de salud, además, insistió en que prestaba los servicios los fines de semana.

Como se hace notar, ninguna confesión se deriva de la actora tendiente a aceptar que sus servicios en el contexto del convenio celebrado estaban provistos de autonomía e independencia, sin sujeción a poder subordinante del convocado al proceso. Así, es claro el desacierto en la conclusión del A quo cuando infirió que existía autonomía por parte de la gestora del proceso frente al desempeño de sus labores como fonoaudióloga del servicio de rehabilitación, cuando aquélla en su declaración señaló que fijó un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., para atender a sus pacientes.

Además, no se predica de su dicho la falta de subordinación ejercida sobre la promotora del proceso, ya que tal escogencia de horario no refleja la autonomía e independencia en

la ejecución de la labor, máxime cuando el propio representante legal de la convocada a juicio, aseveró en su interrogatorio de parte que ella fue contratada para prestar servicios de fonoaudióloga de rehabilitación los fines de semana, labor que dependía del número de interconsultas que los pacientes, de acuerdo con el criterio del médico tratante, requerían de terapia de lenguaje, por lo que dependía de la ocupación y del giro de cama de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, siendo una necesidad permanente de este último.

Lo anterior demuestra que el horario fue dado conforme a las mismas condiciones de modo que impuso el empleador para la prestación del servicio de la actora, de allí que la actora haya dispuesto prestar sus servicios dentro del horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., pero no lo fue porque tuviese libertad y autogestión, sino dada a la misma necesidad donde debía prestar el servicio, lo que de suyo implica que en efecto tuviese subordinación jurídica y no plena autonomía como lo refiere la pasiva.

De esta manera, lo que se observa por parte de la Sala es que la señora Luengas Prieto prestó sus servicios en calidad de trabajadora por días, pues se denota que por disposición del empleador no estaba obligada a trabajar todos los días hábiles de la semana, en tanto, el representante legal de la pasiva indicó que los días restantes, es decir, lunes a viernes, existía otra persona que ejercía la labor, de allí que la demandante estuviese disponible al servicio del empleador en los días y lugar previamente definidos por éste.

Ahora, debe decir la Sala, que examinados los restantes medios probatorios que tuvo en cuenta el cognoscente de primer grado para inferir la inexistencia del contrato de trabajo, no es posible arribar una conclusión diferente respecto de cuál la demandada era la verdadera empleadora de la demandante, pues del análisis conjunto y sistemático de tales elementos de convicción, se extrae que las actividades ejecutadas se desplegaron en forma subordinada y no con autonomía e independencia como lo concluyó el A quo.

En efecto, el juez de primer grado desatendió el objeto del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, cuya labor ciertamente es indicativa del sometimiento al que estuvo sujeto la demandante, respecto de la intensidad y manera como debía desarrollar sus actividades, pues no de otra forma se puede colegir razonablemente lo dicho, si se atiende a que se desempeñó como "*fonoaudióloga del servicio de rehabilitación*", cargo que por su misma denominación denota la falta de autonomía en la ejecución de las funciones encomendadas, máxime cuando por encima de ella se ubicaron personas que ejercían mando, tal cual lo reconoció el representante legal de la encartada, cuando afirmó que su labor estaba supeditada a la orden médica del galeno tratante y del direccionamiento que realizaba la sociedad frente a las interconsultas que debía atender, de tal suerte que, las labores ejercidas no estaban gobernadas por la liberalidad, sino que por el contrario, se encontraban sujetas a la orientación de la empresa contratante.

En otras palabras, el objeto del contrato al que se comprometió la demandante no dista del propio de una relación dependiente o subordinada, al establecer que la contratista debía prestar funciones de fonoaudióloga del servicio de rehabilitación, de ahí que, como lo dijo el representante legal de la demandada, disponían de la demandante para atender el servicio requerido previa necesidad que tuviese la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José.

Adicionalmente, la Sala al examinar la aceptación que realizó la demandada, tanto en la contestación de demanda como en el interrogatorio de parte, respecto de las labores que ejecutaba la actora, colige que no requerían de un conocimiento particular, es decir, no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se

requiriera en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada, tampoco científica y técnica, a lo que se suma que se hizo de forma permanente, pues se prestó durante más de 4 años, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia de la demandante quien contaba con el perfil para desempeñar el cargo de "*fonoaudióloga del servicio de rehabilitación*"; labor que además no era extraña al objeto social, pues es inherente al componente misional de la sociedad, quien se dedica, entre otras, a realizar actividades relacionadas con "*la prestación de servicios médicos generales y especializados*" y "*la prestación de servicio de atención en fisioterapia, nutrición y psicología*", según el certificado de existencia y representación de la convocada adosado al expediente digital. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteHastaFolio97, págs. 16 a 21).

Por lo anterior, no comparte la Sala aquellas intelecciones del A quo, con las cuales se desechó la subordinación a partir de la consideración de que la actora tenía independencia dado a que aquella disponía de su horario para la ejecución de la labor, porque en realidad ello refleja una simple coordinación de actividades que por esencia debía cumplir la accionada dado su rol misional, de ahí la continuidad y permanencia de la convocante del juicio para desempeñar funciones relacionadas con el giro ordinario de las actividades propias de la pasiva.

A lo anterior se suma que el cargo que ostentó la actora hacía parte de las necesidades específicas de los contratantes Hospital Infantil Universitario de San José y UMAF Limitada, pues de cara al contrato de prestación de servicios de salud celebrado entre estas y que fue reposa en el expediente digital, este tuvo por objeto, según cláusula primera que "*La CONTRATISTA se compromete con LA CONTRATANTE a suministrar servicios de salud de PREVENCIÓN, ACONDICIONAMIENTO Y REHABILITACIÓN FÍSICA, TERAPIA OCUPACIONAL, FONOAUDIOLOGÍA, REHABILITACIÓN CARDIACA Y TERAPIA FÍSICA*".

De allí que se exigiera a la contratista, según se advierte de la cláusula décima segunda, garantizar, entre otras cosas, "*que los profesionales que presten el servicio por cuenta de la sociedad atiendan presencialmente el proceso contratado en el Hospital Infantil Universitario de San José*"; "*velar por que los profesionales que realizan el proceso objeto de este contrato, presten sus servicios de acuerdo con las órdenes generadas por LA CONTRATANTE, y no practiquen pruebas o exámenes sin el lleno de requisitos para estos*"; "*velar por que los profesionales que desarrollarán el proceso objeto de este contrato, cumplan con las normas de diligenciamiento de la historia clínica y demás registros establecidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)*"; "*garantizar la permanencia y disponibilidad requerida para cumplir las jornadas asignadas para el normal funcionamiento de las distintas áreas contratadas*"

De acuerdo con lo visto, era un imperativo de la sociedad demandada ejercer subordinación jurídica sobre los profesionales de la salud que en desarrollo del nexo comercial debía poner a disposición para el cumplimiento del objeto contractual, de ahí la permanencia de la actora y la exigencia a esta de prestar personalmente el servicio en la forma determinada por la sociedad convocada a juicio, en los días y lugares asignados por esta, por manera que de lo que viene de considerarse, surge necesario acotar por la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fue desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la sociedad.

La anterior disquisición no puede desecharse porque a la actora le pagaban honorarios y según el número de horas o pacientes atendidos, dado a que el hecho de haberle dado una diferente denominación a la de salario, no resta la eficacia de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente, máxime cuando es claro que la retribución de labor que ejercía la convocante del juicio dependía del volumen de horas laboradas o

del número de paciente atendidos, lo cual es indicativo de un pacto de salario a destajo entre las partes, modalidad contenida en el artículo 132 del CST.

Concluyendo de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiaria la demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante no ejecutó el servicio con sus propios medios de producción y asumiendo sus propios riesgos, sino que actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada a su objeto social.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró el Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes se ejecutó en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada, para en su lugar, declarar la existencia de una verdadera relación laboral.

### **Extremos temporales de la relación**

Esclarecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar los extremos temporales del citado nexo contractual.

Sobre tal aspecto, es del caso precisar que, pese a que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que se vio fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada a juicio, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre estos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime a la trabajadora de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, así como su jornada de trabajo, ya que es indispensable en los procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

*"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:*

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

Así las cosas, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida y dentro de los extremos que se afirman en el escrito genitor, esto es, entre el 14 de enero del 2012 al 23 de mayo de 2016, debe señalar la Sala que se allegó certificación expedida por la enjuiciada el 20 de abril de 2012, según la cual la trabajadora prestó sus servicios personales desde el 14 de enero de 2012, probanza suficiente para demostrar la prestación del servicio desde aquella data, tal y como se indicó en el libelo introductor, pues conforme lo ha señalado ampliamente la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral:

*“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial (...)” (Sentencias SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018)*

En lo que hace al hito final, se encuentra probado con la carta de finalización del contrato calendada del 23 de mayo de 2016, mediante la cual la empresa comunicó a la aquí actora que no renovará “su contrato de Prestación de servicios como Fonoaudióloga del Servicio de rehabilitación a partir” de dicha calenda.

Entonces, sobre este periodo, esto es, entre el 14 de enero del 2012 al 23 de mayo de 2016 se procederán a liquidar las condenas, sin embargo, previo a ello, la Sala deberá zanjar el tema de la jornada laboral.

Así, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida dentro de los extremos antes establecidos; o si por el contrario esta fue esporádica u ocasional como lo alega la encartada, debe tenerse en cuenta que del acopio probatorio recaudado se tiene que contrario a lo colegido por el cognoscente de primer grado, la promotora de la litis acreditó que la labor realizada fue de manera continua y permanente durante sábados, domingos y festivos, esencialmente porque así lo confesó el representante legal de la demandada al indicar que la labor se desarrolló en esos días de forma continua y durante el tiempo en que estuvo vinculada a favor de la sociedad accionada.

Con todo lo anterior es claro para este colegiado que aun encontrándose acreditada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 *ejusdem*, ello no exime a la demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario y la jornada laboral, entre otros aspectos, lo anterior en aplicación de la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, también ha fijado el criterio que en los casos que se tenga seguridad de la prestación personal del servicio en un determinado periodo, dicho lapso debe tenerse en cuenta para calcular las acreencias y derechos laborales que correspondan a la trabajadora demandante.

Lo anterior, dado que en ocasiones se pretende desconocer los extremos temporales de una o varias relaciones laborales, ello con el fin de aminorar la protección prevista en las leyes sociales del trabajador, por manera que se debe acudir por parte del Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación laboral, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación a su finalización, ello con el fin de contrarrestar ese propósito.

De allí que lo dicho resulte fundamentalmente aplicable al caso en concreto, dado que, pese a la aseveración de la encartada de indicar que la citada relación contractual no fue

continua y en forma permanente, desconociendo la jornada laboral, lo cierto es que los medios de convicción dan cuenta la continuidad en la prestación de los servicios entre el 14 de enero del 2012 al 23 de mayo de 2016 y por lo menos durante dos días a la semana, los cuales corresponden sábado y lunes, y durante los días festivos del año.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio de la demandante a favor de UMAF LTDA y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se reitera, se deduce válidamente de las pruebas, las cuales dan cuenta que fue de forma ininterrumpida y continua, a la Sala no le queda otro camino que continuar con el análisis de las pretensiones de orden condenatorio, teniendo para tal efecto los extremos temporales de la relación laboral indicados con anterioridad y una jornada laboral de 2 días a la semana y los días festivos de cada año, no sin antes estudiar el salario que devenga al interior del citado nexo contractual.

### Salario

En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que la actora prestó sus servicios, se observa que al plenario se allegaron por parte de la demandada cuentas de cobro con su correspondiente certificado bancario de pago, documentales que dan cuenta que durante los períodos allí señalados la señora Luengas Prieto percibió las siguientes sumas de dinero:

- junio de 2015 la suma de \$961.983.
- diciembre de 2015 la suma de \$613.538.
- enero de 2016 la suma de \$894.248.

Además, se observa en la contestación de la demanda que la pasiva aceptó al dar respuesta al hecho enlistado en el numeral 2º que la demandante percibió de forma mensual la suma de \$689.454, aspecto que es coherente con lo afirmado en el libelo demandatorio.

Conforme a lo anterior, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en las citadas pruebas documentales, además, para los periodos restantes, se tomará como asignación salarial la suma indicada por la demandada cuando dio respuesta al hecho 3º de la demanda. En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

<b>Promedio Salarial - 14 de enero del 2012 al 23 de mayo de 2016</b>			
<b>MES</b>	<b>SALARIO ACEPTADO POR LA DEMANDADA</b>	<b>CUENTA DE COBRO Y PAGO</b>	<b>TOTAL SALARIO (3 DÍAS LABORADOS)</b>
14/01/2012 AL 31/12/2014	\$ 689.455	-	\$ 689.455
<b>Promedio salarial del 14 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014</b>			<b>\$689.455</b>
ene-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
feb-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
mar-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
abr-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
may-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
jun-15		\$ 961.983	\$ 961.983
jul-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
ago-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
sep-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
oct-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455
nov-15	\$ 689.455	-	\$ 689.455

dic-15		\$ 613.538	\$ 613.538
<b>Promedio salarial del 1 de enero al 31 de diciembre de 2015</b>			<b>\$ 705.839</b>
ene-16		\$ 894.248	\$ 894.248
feb-16	\$ 689.455	-	\$ 689.455
mar-16	\$ 689.455	-	\$ 689.455
abr-16	\$ 689.455	-	\$ 689.455
may-16	\$ 689.455	-	\$ 528.582
<b>Promedio salarial del 1 de enero al 23 de mayo de 2016</b>			<b>\$698.239</b>

### Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada a la señora Christian Constanza Luengas Prieto, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que la gestora de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el **23 de mayo de 2019**. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **exigibles** con anterioridad al **23 de mayo del 2016**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**. En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarará probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **23 de mayo del 2015**.

### Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

#### Auxilio de cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$3.024.748** por concepto de auxilio de cesantía entre el 14 de enero del 2012 al 23 de mayo de 2016.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Total (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2012	\$ 689.455		\$ 689.455	346	\$ 662.643
2013	\$ 689.455		\$ 689.455	360	\$ 689.455
2014	\$ 689.455		\$ 689.455	360	\$ 689.455
2015	\$ 705.839		\$ 705.839	360	\$ 705.839
2016	\$ 698.239		\$ 698.239	143	\$ 277.356
<b>Total Auxilio de cesantías</b>					<b>\$ 3.024.748</b>

### Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$13.221** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2012	Prescritos			
2013				
2014				
2015				
2016	Terminación de la relación laboral	143	\$ 277.356	\$ 13.221
<b>Intereses a las cesantías</b>				<b>\$ 13.221</b>

## Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápito de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$277.356** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días liquidados	Valor prima
2012	prescrita				
2013					
2014					
2015					
2016 (exigible a la terminación del contrato)	\$ 698.239	-	\$ 698.239	143	\$ 277.356
<b>Total Prima de servicio</b>					<b>\$ 277.356</b>

## Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$474.221** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 14 de enero del 2012				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
14/01/2012 AL 13/01/2013	14/01/2014	Prescritas		
14/01/2014 AL 13/01/2015	13/01/2016	Prescritas		
14/01/2015 AL 13/01/2016	Terminación del Contrato	\$ 698.239	360	\$ 349.120
14/01/2016 AL 23/05/2016	Terminación del Contrato	\$ 698.239	129	\$ 125.101
<b>Total vacaciones</b>				<b>\$ 474.221</b>

## **Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías**

Respecto a estas pretensiones cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuenta, sin mayores discusiones, que la dadora del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la promotora del proceso a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

### **- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó por fuera de los 24 meses de finalizada la relación (acta de reparto del 23 de mayo de 2019), en consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor de la señora Christian Constanza Luengas Prieto el valor de \$23.274,63 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 24 de mayo del 2016 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 23 de mayo del 2018, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a \$ 16.757.736,8 y a partir del mes 25, es decir, desde el 24 de mayo del 2018, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

- **Sanción por la no consignación de las cesantías.**

Sobre su liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$23.275.**

<b>SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99</b>							
<b>AÑO</b>	<b>SALARIO</b>	<b>DESDE</b>	<b>HASTA</b>	<b>SALARIO DIARIO</b>	<b>TOTAL DÍAS</b>	<b>SUBTOTOTAL MORATORIA</b>	
2012	\$ 689.455	15/02/2013	14/02/2014	Prescritas			
2013	\$ 689.455	15/02/2014	14/02/2015				
2014	\$ 689.455	15/02/2015	14/02/2016				
2015	\$ 698.239	15/02/2016	22/05/2016				
2015	\$ 698.239	23/05/2016	23/05/2016				\$ 23.275
2016	\$ 698.239	Cesantías que se deben pagar a la finalización del contrato directamente a la trabajadora					
<b>TOTAL SANCIÓN</b>						<b>\$ 23.275</b>	

**Indemnización por despido sin justa causa**

La demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedida sin justa causa.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, a la trabajadora le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la demandante cumplió con la aducida carga, en tanto que allegó para el efecto la carta de finalización del nexo que los ató y que ahora la Sala descarta, mediante la cual la empresa UMAF Limitada comunicó a la trabajadora "por medio de la presente me permito informar que la empresa no renovará su contrato de Prestación de Servicios como Fonoaudióloga del Servicio de rehabilitación a partir de la fecha"; dejando en evidencia que la ruptura fue como consecuencia de una decisión unilateral del empleador.

De esta manera, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria, surge para Sala estudiar si la pasiva acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa.

En tal virtud, y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, pues al realizar la valoración de dicha prueba, con total certeza se razona de ella que no se hizo una exposición clara y concreta de las razones sobre las cuales basa su decisión de finiquitar el vínculo laboral, de allí que al no motivar la finalización o las razones por los que se da la ruptura y la demandante al no tener conocimiento de las razones que justificaron su retiro, es claro que el despido deviene en injusto, debiéndose por tanto imponer condena por este concepto, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 del CST. A lo anterior, se debe sumar que, al declararse la existencia del contrato de trabajo, lo expuesto por la demandada, respecto de no renovación del contrato de "prestación de servicios", no es de recibo como justa causa.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **\$2.297.724**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por la promotora del litigio se enmarca en el literal "a" del Art. 64 en cita, en tanto que la trabajadora devengaba menos de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 698.239	14/01/2012	13/01/2013	\$ 23.274,63	360	<b>\$ 698.239</b>
\$ 698.239	14/01/2013	13/01/2014	\$ 23.274,63	360	<b>\$ 465.493</b>
\$ 698.239	14/01/2014	13/01/2015	\$ 23.274,63	360	<b>\$ 465.493</b>
\$ 698.239	14/01/2015	13/01/2016	\$ 23.274,63	360	<b>\$ 465.493</b>
\$ 698.239	14/01/2016	23/05/2016	\$ 23.274,63	157	<b>\$ 203.007</b>
<b>Total</b>					<b>\$ 2.297.724</b>

### Aportes al sistema de seguridad social

Frente a esta pretensión, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, se evidencia que no existe prueba que permita colegir el pago de los aportes dentro del periodo 14 de enero del 2012 al 23 de mayo de 2016, por lo que así procederá la Sala. En ese sentido, se **CONDENARÁ** a la demandada a pagar, previo cálculo actuarial y liquidación que realicen el fondo de pensiones y la EPS a las que se encuentre afiliada la demandante, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión y salud durante el citado lapso, teniendo en cuenta que la trabajadora laboró dos días a la semana, además, los días festivos cada año trabajado, en los términos del Decreto 2616 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, cuyo IBC de liquidación para los años 2012 a 2014 corresponde a la suma de \$689.455; para el año 2015 el equivalente a \$705.839; y para el año 2016 la suma de \$698.239.

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar a la demandante por concepto de aportes a pensión y salud, ha de advertirse el mismo no

procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

*"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).*

*Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.*

(...)

*En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.*

*De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.*

*Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera".*

Ahora bien, sobre la cotización a la Caja de Compensación Familiar, se tiene que en virtud de la Ley 21 de 1982, aquellas cumplen con un fin social y familiar, como participante del Sistema General de Seguridad Social y que cuyo principio se encuentra conexo con el modelo de la universalidad previsto en el artículo 48 de la Constitución Política. En tal contexto, se tiene que si bien durante la vigencia de la relación laboral no estuvo afiliada a la Caja de Compensación Familiar la promotora del litigio, lo cierto es que esta situación no la afectó, o por lo menos no se encontró acreditado en el informativo, en tanto, no existe medio de persuasión tendiente a probar que fuese sido beneficiaria del subsidio familiar conforme a los requisitos establecidos en la Ley 789 de 2002, o que en su defecto le haya causado algún perjuicio el no haber recibido las actividades y bienes que están destinados a lograr el bienestar de los trabajadores y sus familias, que por naturaleza dispone la afiliación a la Caja de Compensación Familiar durante la vigencia de la relación laboral.

Por manera que ante la inexistencia del medio probatorio se torna improcedente este pedimento por esta vía judicial, pues finiquitado como está el vínculo laboral, no puede derivarse una condena por coberturas que no pueden estar ahora vigentes.

Por último, es menester señalar que, frente a los demás aportes al sistema de seguridad social, esto es, ARL, no habrá lugar a su pago, como quiera que la relación laboral ya terminó y, por tanto, no es procedente su reclamación y pago posterior a la vigencia de ésta. Diferente sería, si la demandante hubiese pretendido la devolución de los aportes pagados en exceso, caso en el cual, procederá su reintegro o el pago de algún perjuicio

causado con la omisión, situación que no ocurre en tanto que no fue solicitado de esa forma por la actora.

## **Costas**

En ambas instancias a cargo de la demandada UMAF LIMITADA. Se seguirán manteniendo la condena en costas en primera instancia en contra de la actora y a favor de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José.

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 el numeral primero de la sentencia proferida el 2 de mayo del 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la señora **CHRISTIAN CONSTANZA LUENGAS PRIETO** y **UMAF LIMITADA** entre el 14 de enero del 2012 al 23 de mayo de 2016.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **UMAF LIMITADA**, a pagar a la señora **CHRISTIAN CONSTANZA LUENGAS PRIETO**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$3.024.748**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$13.221**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$277.356**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$474.221**, por concepto de vacaciones.
- e) **\$2.297.724**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
- f) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$23.274,63** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 24 de mayo del 2016 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 23 de mayo del 2018, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **\$16.757.736,8** y a partir del mes 25, es decir, desde el 24 de mayo del 2018, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.
- g) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$23.275**.

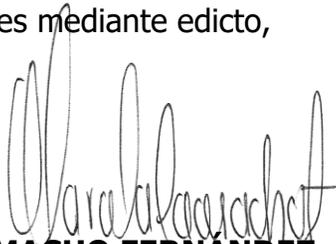
**TERCERO: CONDENAR** a **UMAF LIMITADA** previo cálculo actuarial y liquidación que realice tanto el fondo de pensiones y la EPS respectivamente a las que se encuentre afiliada la demandante, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión y salud durante el citado lapso, teniendo en cuenta que la trabajadora laboró 2 días a la semana y los días festivos de cada año trabajado, en términos del Decreto 2616 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, cuyo IBC de liquidación para los años 2012 a 2014 corresponde a la suma de \$689.455; para el año 2015 el equivalente a \$705.839, y finalmente para el año 2016 la suma de \$698.239.

**CUARTO: DECLARAR PROBADA** de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por la encartada **UMAF LIMITADA** y las demás no probadas.

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

**SEXTO: CONDENAR** en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **UMAF LIMITADA**. En relación con la condena en costas en primera instancia, seguirán a cargo de la parte demandante y a favor de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

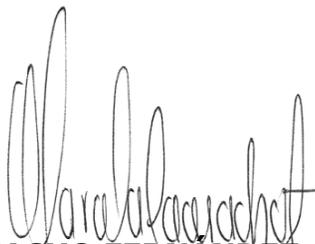


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado  
(Salva voto parcial)

*-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 **CHRISTIAN CONSTANZA LUENGAS PRIETO** y a cargo de **UMAF LIMITADA**, en la suma de \$3.000.000.



**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:** ARMANDO SIERRA PULIDO  
**Demandado:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 39-2019-00108-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Santiago Bernal Palacios, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Armando Sierra Pulido instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual. En consecuencia, pidió que se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida; a AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposen en su cuenta de ahorro individual; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se encuentra cotizando para obtener su pensión desde el mes de enero de 1977, aportes que inicialmente realizó al régimen de prima media con prestación definida, en tanto que para el año 2004, una asesora comercial de la AFP Porvenir S.A. lo persuadió con información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional en materia para que realizara el traslado de régimen pensional. (Expediente digital, PDF "01ExpedienteDiogitalFolio1A153", págs. 3 a 20)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 03ExpedienteDigitalFolio55A188, págs. 17 y 18); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquel. Refirió que las

documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo 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 genérica. (Expediente digital, PDF 03ExpedienteDigitalFolio55A188, págs. 20 a 50 y PDF 02Subsanación)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que la afiliación realizada en el año 2004 gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que esta fue inequívocamente voluntaria, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 10596165, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, mismo que se presume auténtico en términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S. Formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 02MemorialSubsanaciónContestaciónPorvenir)

**3.3. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías.** En auto proferido el 9 de diciembre de 2020, la A quo ordenó su vinculación en calidad de litisconsorte necesario por pasiva y en tal carácter, la citada presentó escrito de intervención oponiéndose a las pretensiones de la demanda inicial señalando que el demandante se encuentra válidamente vinculado al RAIS, además, que aquel firmó formulario de vinculación de manera consciente y voluntaria, ratificando su deseo de permanecer al citado régimen. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago. (Expediente digital, PDF 02ContestaciónDemanda)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 7 de abril de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró que el traslado que hizo el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos S.A. es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se deberá entender frente a la afiliación que hizo a AFP Porvenir S.A. Condenó a esta última a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los valores por rendimientos y gastos de administración (estos debidamente indexados) desde el 1 de abril de 2004 y hasta que realice el traslado, sin que le sea dable descontar suma alguna por dinero que haya pagado por concepto de seguros previsionales o los destinados a la garantía de pensión mínima.

Ordenó a Colfondos S.A. a que transfiera a Colpensiones los dineros que recibió por gastos de administración durante el periodo de afiliación, debidamente indexados, sin que le sea dable descontar dineros que hayan sido pagados por concepto de gastos previsionales o los destinados a la garantía de pensión mínima. Dispuso que Colpensiones reciba los dineros y reactive la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. Informó que la citada administradora puede acudir a las actuaciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que puedan causarse

con el acto que se declara ineficaz en contra de los fondos de pensiones privados. Por último, condenó en costas a AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico dilucidar si el traslado que hizo el actor del RPD al RAIS fue libre y voluntario o si por el contrario se debe declarar ineficaz ante la inobservancia de dichos supuestos. Con tal propósito, citó los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, así como la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que la decisión de traslado ha de ser libre y voluntaria, la cual no puede quedar probada con la suscripción del formulario de afiliación sin presión, fuerza y coerción, en tanto que ese concepto va más allá, bajo el entendido de que se debe haberse suministrado un consentimiento o libertad informada.

Expuso que la carga de la prueba le corresponde a las administradoras de pensiones y son ellas las que deben demostrar que efectivamente se cumplió con ese deber de información, de tal manera, en el caso en concreto, sostuvo que las AFP accionadas no cumplieron con la citada carga probatoria, en tanto que no allegaron ninguna prueba con miras a evidenciar que los trasladados fueron precedidos de una información clara y suficiente, lo que imponía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 01AudArt77y80CptssArmandoSierraPulidoVsColpensionesPorvenirColfondos-20220407\_100820-Grabación de la reunión)

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. AFP Porvenir S.A.** Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que el A quo no valoró que el consentimiento informado se materializó mediante la suscripción del formulario de afiliación, a través del cual el actor hizo constar que, de manera libre, voluntaria y sin presiones escogió el régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado respecto de los efectos del traslado, tal como lo exige el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Indicó que garantizó el derecho al retracto, aspecto que probó con la publicación que realizó en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004 y conforme lo dispuso el Decreto 1161 de 1994, sin que el demandante ejerciera esta facultad.

Sostuvo que se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba el demandante, definida por la jurisprudencia constitucional, no obstante, señaló que sin perjuicio de lo anterior, no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina el 3% de la cotización para efectos de financiar los gastos, por lo tanto, no hacen parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Adicionó que, al ordenar su traslado, se está configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, además, que de conformidad con el artículo 113 ibidem, se menciona cuáles son los dineros que deben devolverse cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es, el saldo de la cuenta y rendimientos. De tal manera, arguyó que de ordenarse el traslado de los gastos de administración, debe condenarse al demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la CSJ, por tratarse de restituciones mutuas.

**5.2. Colpensiones.** Formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, alegando que el actor al momento de realizar solicitud de traslado, se encontraba en la prohibición del que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cumplir más de 52 años. Explicó que no se logró acreditar que existiera algún vicio del consentimiento, sin que sea dable declarar la ineficacia, lo anterior, además, porque el demandante

manifestó conocer varias de las características del RAIS y no hizo uso del derecho que le asistía de retracto, ni de la rescisión de que trata el artículo 1750 del Código Civil.

Refirió que aquel estuvo vinculado por más de 20 años al RAIS y contó con la posibilidad de asesorarse por la AFP a través de los canales dispuestos para tal fin y así resolver las dudas de su futuro pensional, sin que tal conducta hubiera sido desplegada. Agregó que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados que han venido cotizando al régimen de prima media. Por último, solicitó que, de confirmarse la providencia de primer grado, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previo a la devolución por parte de las codemandadas de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor debidamente indexado y sea exonerada de la condena en costas en segunda instancia.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no le asiste razón a la falladora de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.2. Colpensiones** Alegó en su favor aduciendo que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, el actor contaba con 62 años, pues nació el 12 de noviembre de 1955, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) y si bien se está frente a un error sobre un punto de derecho, también lo es que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

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? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para

declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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

Se encuentra demostrado que Armando Sierra Pulido se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 17 de enero de 1997, con cotizaciones hasta el 23 de marzo de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (Expediente digital PDF GRP-SCH-HL-66554443332211\_1619-20191007101736); quien suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el 1 de febrero de 1997, materializándose el traslado hasta el 16 de abril de 2004 (Expediente digital, PDF 02ContestaciónDemanda, págs. 14 a 16); posteriormente, se afilió a AFP Porvenir S.A. el 27 de febrero de 2004, traslado que se materializó el 16 de abril de 2004, según historial de vinculaciones expedido por Asofondos (Expediente digital, PDF 002MemorialSubsanaciónContestacionPorvenir, págs. 74 a 76), donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

### **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 y 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 1997- la CSJ ha señalado que la AFP debía 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

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 al demandante 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 circunstancias pues esto 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.

### **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 Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías en el año 1997, 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 1 de febrero de 1997, 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.

## **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 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**

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 del 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 las AFP privadas están 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, 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, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones, de manera indexada (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por concepto de gastos de administración, como lo pretende la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación, en tanto que tampoco es dable condicionar la misma, en tanto que Colpensiones tiene las herramientas judiciales suficientes, para que las AFP demandadas cumplan con la obligación de trasladar los dineros aquí ordenados.

### **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 AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados, en términos del numeral 3° del artículo 365 del C.G.P. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

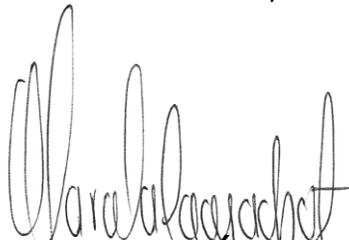
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve 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 AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

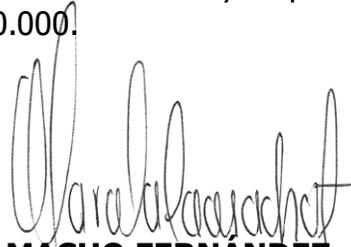


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y 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:** ZARQUIS MORA CORREA  
**Demandados:** EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB – ESP Y COLPENSIONES  
**Radicado No.:** 20-2019-00263-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA- CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Zarquis Mora Correa instauró demanda ordinaria contra Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAAB – ESP y Colpensiones, con el propósito de que se declare que con la primera de las entidades demandadas existió una relación de índole laboral y que durante reiteradas ocasiones le manifestó a su empleador su voluntad de seguir laborando en el cargo público hasta la edad de retiro forzoso (65 años) de conformidad con el Decreto 2400 de 1968, modificado por la Ley 1821 de 2016, por tanto, deviene la terminación del nexa contractual sin justa causa, máxime porque al momento de la desvinculación no estaba incluido en nómina de pensiones en Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAAB – ESP pague a su favor indemnización por despido sin justa causa, diferencias de los aportes pensionales, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, perjuicios morales y materiales e indemnización de que trata el artículo 28 de la Ley 789 de 2002 (lucro cesante y daño emergente). Así mismo, pidió que se ordene a Colpensiones emita el cálculo actuarial a favor de su empleador, reliquide la mesada pensional teniendo en cuenta para tal efecto las diferencias en los aportes pensionales dejados de cancelar, el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 o en la Ley 33 de 1985, el 75% del IBL del promedio de los salarios o factores salariales devengados durante los 10 últimos años de servicio o la norma que más lo beneficie. En todo caso solicitó la indexación de las sumas, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 21 de octubre de 1957 y laboró para la EAAB – ESP a partir del 16 de junio de 1989 hasta el 31 de marzo de 2016, ocupando el cargo de operador de válvula nivel 40, con una asignación básica mensual para el año 2016 de \$4.544.682. Refirió que durante su vida laboral cotizó al subsistema de seguridad social en pensiones un total de 1.886 semanas, de las cuales 1.378 fueron laboradas en el sector público u oficial. Indicó que Colpensiones mediante Resolución GNR 33446 del 13 de febrero de 2015 reconoció pensión de jubilación en cuantía inicial de \$1.844.693, correspondiente al 75% del promedio de salarios durante

los últimos 10 últimos años de servicio, acto administrativo que fue dejado en suspenso hasta no tanto acreditará el retiro definitivo del servicio.

Indicó que mediante Resolución GNR 84298 del 2016 Colpensiones reliquidó la pensión de vejez por un valor de \$2.064.491, aplicando para tal efecto la Ley 33 de 1985 y ordenó su inclusión en nómina de pensionados a partir del 1° de abril de 2016. Refirió que la citada prestación económica fue objeto de reliquidación mediante acto administrativo GNR 205225 del 13 de julio de 2016, la cual dispuso una mesada pensional de \$2.093.159. Narró que en comunicación del 6 de noviembre de 2015 le fue notificado por su empleador la terminación del contrato de trabajo con justa causa por el reconocimiento pensional, frente a lo cual, presentó recursos de reposición y apelación, pero fueron desatados de forma negativa.

Agregó que a raíz de la terminación del vínculo laboral se le ocasionó un perjuicio moral y material, toda vez que no tuvo capacidad de seguir pagando el crédito de vivienda adquirido con el Banco Davivienda S.A., tampoco los impuestos prediales de los años 2015, 2017, 2018 y 2019, viéndose en la obligación de seguir laborando con la finalidad de vivir en condiciones dignas. (fols. 2 a 20).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 84); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAAB – ESP.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que la desvinculación laboral se generó por justa causa comprobada, como fue el reconocimiento de la pensión de vejez por Colpensiones y el cumplimiento del procedimiento definido para estos efectos en el Decreto 2245 del 2012 y sentencia C-1037 de la Corte Constitucional. Refirió que como su régimen de cesantías es de su retroactividad, no aplican intereses de cesantías, además, afirmó que se pretende reliquidar la pensión de vejez, con base en factores salariales que no fueron devengados mensualmente por el trabajador.

Frente a los supuestos fácticos señaló ser ciertos los numerales 1, 3, 10 a 13 y 15, relacionados con la edad del actor, el número de cotizaciones realizadas al subsistema de seguridad social en pensiones, la comunicación mediante la cual le fue terminado el vínculo laboral, la determinación frente a los recursos propuestos por el actor y la solicitud de aquel dirigida al pago de intereses a las cesantías y certificación laboral. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y de cobro de intereses moratorios, prescripción, buena fe, imposibilidad para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada. (fols. 116 a 125).

**3.2. Colpensiones.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, aduciendo que el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condición reconocida mediante Resolución GNR 33446 del 13 de febrero de 2015, por medio de la cual se resolvió solicitud de reconocimiento pensional bajo los lineamientos de la Ley 33 de 1985, con base en los aportes realizados por el empleador. Refirió que ha resuelto todas y cada una de las peticiones del demandante, resolviendo su pensión de vejez con el IBC reportado, de manera que hasta tanto no conozca el verdadero salario que devenga durante los últimos 10 años anteriores y el mismo sea pagado, no procederá a efectuar reliquidación tendiente a modificar el IBL.

Atinente a los hechos de la demanda aceptó los enlistados en los numerales 1, 5 a 13, 15 y 16 y sobre los demás señaló no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de cobro de intereses moratorios, prescripción, buena fe, imposibilidad para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica. (fols. 85 a 91).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 6 de febrero del 2020, en la que el fallador declaró que entre el actor y EAAB-ESP existió un vínculo laboral regido a través de un contrato de trabajo cuyos extremos se dieron entre 16 de junio de 1989 al 31 de marzo de 2016 y absolvió a las demandadas de todas las pretensiones invocadas por el actor, imponiéndose costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si la justa causa del despido por reconocimiento de la pensión de vejez incorporada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 puede ser invocada para el finiquito de la relación laboral, además, si hay lugar a reliquidar el ingreso base de cotización y, por tanto, la prestación económica reconocida por Colpensiones y, si hay lugar al pago de perjuicios materiales e inmateriales, e intereses a las cesantías. Con tal propósito hizo alusión a cada una de las pruebas allegadas al plenario, para precisar que, en cuanto a la terminación del contrato laboral por reconocimiento de la pensión de vejez del trabajador, el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 797 de 2003 faculta al empleador terminar el contrato de trabajo con justa causa, sin importar la naturaleza del contrato legal o reglamentaria y en tanto el trabajador cumpla con los requisitos legales del reconocimiento de la pensión de jubilación.

De esta manera, citó las sentencias SL 3108 de 2019 y SL 2509 de 2017 y con ello significó que el despido por reconocimiento de pensión de vejez es una causal autónoma de terminación de contrato de trabajo o de la relación legal o reglamentaria, por ende, en el caso en concreto, dijo que el empleador le comunicó al trabajador mediante Resolución 10200 del 6 de noviembre de 2015, la decisión de finiquitar el vínculo laboral a partir del 1 de abril de 2016 por haber cumplido con los requisitos para pensionarse, de allí que con base en la Ley 797 de 2003 si se le informó el reconocimiento pensional por medio idóneo y además que no existió solución de continuidad entre el pago de salario y la primera mesada pensional reconocida, de manera que el desahucio se dio en debida forma.

Refirió que no resulta aplicable el artículo 2° de la ley 1821 del 2016, por cuanto el despido se dio el 31 de marzo de 2016, mientras que la referida ley entró en vigor el 30 de diciembre del mismo año, no siendo posible su aplicación de manera retroactiva, de allí que el despido fue con justa causa. En cuanto al reajuste de la mesada pensional, sostuvo el A quo que el ingreso base de liquidación debía ser tomado con base en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, de esta manera, los factores salariales para tener en cuenta en orden de liquidar la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición, son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado las cotizaciones al subsistema de pensiones.

Agregó que los factores salariales para liquidar aportes al sistema general de seguridad social integral para el trabajador del sector público son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, por manera, que una vez confrontada la certificación de salarios allegada al cartapacio, con el resumen de semanas cotizadas, evidenciaba que la demandada realizó aportes teniendo en cuenta el ingreso real del trabajador, en armonía a lo dispuesto en la citada preceptiva, lo que imponía absolver a las codemandadas de las pretensiones relacionadas con la reliquidación de aportes pensionales y pensión de jubilación.

Atinente a los intereses a las cesantías, arguyó que el actor no cumplió con la carga probatoria dispuesta en el artículo 167 del C.G.P., ante la falta de acreditación del fondo al que estaba afiliado, bien sea público o privado, además, si es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías vigente antes de la Ley 50 de 1990, caso en el cual no daría derecho a este emolumento, en tanto que las cesantías se liquidarán retroactivamente con el último salario devengado. (Cd. a fol. 185).

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que le fue quebrantado el derecho fundamental al mínimo vital por el reconocimiento de la pensión, al liquidarse con un valor irrisorio al que en realidad se debía de conceder por el pago deficiente al sistema de seguridad social por parte de su empleador. Sobre el despido sin justa causa sostuvo que la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez no es indicativa de que esté aceptando que desea retirarse del servicio oficial, en tanto que con la petición lo que trata es de garantizar su derecho pensional.

Señaló que existe jurisprudencia y normatividad, tales como el Decreto 2400 de 1968, modificado por la Ley 1821 de 2016, mediante las cuales exigen edad de retiro forzoso y aunque es potestativo del empleador como del trabajador solicitar el reconocimiento de la pensión, no lo es la desvinculación laboral, toda vez que a partir de las citadas preceptivas se debe respetar la edad de retiro forzoso, por lo que antes de retirar al trabajador se le debe preguntar si desea o no continuar laborando. Indicó que así se ha pronunciado el Juzgado 23 del Circuito de Bogotá con sentencia del 18 de marzo de 2019, así como este Tribunal el 12 de noviembre del 2019, aduciendo que no se debía desvincular al trabajador cuando éste ha manifestado su voluntad de continuar trabajando hasta la edad de retiro forzoso.

Referente a los pagos al subsistema de seguridad social en pensiones, dijo que para la fecha de iniciación del vínculo laboral no se encontraba vigente el Decreto 1158 de 1994, de tal manera los aportes se debieron realizar con la normatividad anterior, es decir, mediante el Decreto 1045 de 1978, el cual se encuentra vigente. Indicó que, si la demandada pretendía aplicar el Decreto 1158 de 1994, debió finalizar el contrato de trabajo e iniciar uno nuevo, por lo que, si se hubieran realizado las cotizaciones en debida forma, el reconocimiento de la mesada pensional sería diferente y no por debajo del 50% de lo que devengaba.

Frente a los intereses a las cesantías pretendidos refirió que, al ingresar en el año 1989, el régimen de cesantías para esa época era el de retroactividad, por manera que el empleador tenía a cargo el pago de cesantías más sus intereses, los cuales nunca consignó. Agregó que debe aplicarse la Ley 50 de 1990, bajo el principio de favorabilidad y la sentencia SU – 098 de 2018 dictada por la Corte Constitucional. (Cd. a fol. 185).

## **5. Alegatos de conclusión**

**5.1. Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAAB – ESP.** Alegó en su favor aduciendo que la terminación del contrato de trabajo se ajustó a lo establecido en numeral 14 de del artículo 62 del CST, esto es, debido al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la administradora de pensiones a la cual estaba afiliado el trabajador.

**5.2. Colpensiones.** Indicó que carece de legitimación en la causa por pasiva, por no tener la posibilidad de emitir pronunciamiento alguno frente a las pretensiones dirigidas al reconocimiento pago por despido injustificado, toda vez que las mismas no van dirigidas en su contra.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el 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.

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

- (i) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?
- (ii) ¿La demandada se encuentra obligada a efectuar aportes pensionales teniendo en cuenta como ingreso base de cotización los factores salariales contemplados en el Decreto 1045 de 1978?
- (iii) ¿Hay lugar al reconocimiento de intereses a las cesantías desde el inicio de la vinculación laboral del demandante con la empresa accionada?

### **Relación laboral, sus extremos temporales y modalidad contractual**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral entre Zarquis Mora Correa y Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAAB – ESP, sus extremos temporales, modalidad, duración y naturaleza de la labor que desarrolló el mismo, pues además de ser admitidos por la demandada en la contestación de demanda, se corroboran entre otros, con la certificación laboral (fol. 150) y carta de terminación del vínculo laboral (fol. 151).

### **Despido sin justa causa**

Como se evidenció, la parte demandante centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que no fue válido que el empleador acudiera a la terminación del contrato de trabajo bajo la égida del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en tanto que al efectuar la solicitud del reconocimiento pensional no aceptó por sí mismo el retiro del servicio oficial, de tal manera adujo que debía la encartada respetar su voluntad de mantenerse en el empleo, hasta tanto se llegue a la edad de retiro forzoso señalada en el Decreto 2400 de 1968, modificado por la Ley 1821 de 2016.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Siendo ello así, al informativo se aportó por las partes la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Decisión que obedeció, según se expone en la comunicación, *“En atención a la Resolución No. GNR 33446 del 13 de febrero de 2015, remitida por COLPENSIONES en la que se reconoce la pensión de vejez a su favor y se deja en suspenso el pago de la misma hasta que se verifique el retiro del servicio público, me permito informarle*

*que conforme a lo establecido en el Decreto 2245 de 2012 y la sentencia C – 1037 de 2003 de la Corte Constitucional, en concordancia con el Decreto 2127 de 1945, por medio de la presente se da por terminado con justa causa, su contrato de trabajo a partir del 1 de abril de 2016.”*

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajador el motivo que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo, la cual se respalda en el reconocimiento de la pensión de vejez a Zarquis Mora Correa.

En este punto, es oportuno destacar a propósito de la causal a que se refiere el párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que esta faculta al empleador para terminar el contrato de trabajo con justa causa cuando al trabajador se le reconoce pensión por parte del sistema general de pensiones, estando al servicio de la empresa. Dicha causal está supeditada a al reconocimiento pensional y su inclusión en nómina, pues así se desprende de las sentencias de constitucionalidad que profirió el máximo ente de guarda constitucional al estudiar la exequibilidad de la citada preceptiva, mediante providencia C-1037 de 2003. Por consiguiente, un primer aspecto que sale a relucir es que para que el empleador pueda hacer uso de la causal, no basta con la notificación del reconocimiento de la pensión, sino que el trabajador sea incluido en nómina, a fin de que no exista solución de continuidad entre la fecha de su retiro y aquella en la que empieza a percibir la pensión.

Ahora, como segundo punto relevante debe decirse que contrario a lo esgrimido por la censura, para la interpretación del párrafo 3, del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no se debe observar, si el trabajador podía permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso de cara a la terminación del contrato de trabajo por reconocimiento pensional, ya que son dos causales de terminación del contrato de trabajo independientes, y así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL700-2018, en los siguientes términos:

***"Por su parte, el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, consagró una justa causa de terminación del vínculo laboral de trabajadores y empleados tanto del sector público como del privado, siempre que sus destinatarios cumplan con los requisitos establecidos en el párrafo 3.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión, con independencia de que, para entonces, cuenten o no con la edad de retiro forzoso que al efecto indique la ley, y con la única condición de que el retiro se surta cuando el trabajador haya sido objeto de reconocimiento de la pensión e incluido en nómina de pensionados. De hecho, la edad de retiro forzoso prevista para la época en la que sucedieron los supuestos fácticos del sub lite, establecida en 65 años –hoy en 70-, es diferente a las edades consagradas en la ley de seguridad social para arribar a la pensión en el régimen de prima media, esto es, 57 años para la mujer y 62 para los hombres.  
(Negrilla fuera del texto)***

(...)

*En conclusión, la edad de retiro forzoso es una causal de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales y del vínculo laboral legal y reglamentario de los empleados públicos, autónoma e independiente de la consagrada en el párrafo 3.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, lo cual, en resumen, se concreta en las siguientes diferencias:*

<i>EDAD DE RETIRO FORZOSO (Dto. 2400/68 y demás normas complementarias y reglamentarias)</i>	<i>PENSIÓN COMO CAUSAL DE RETIRO (Parágrafo 3.º de la Ley 100/93 modificada por la Ley 797/03)</i>
<i>Llegada la edad señalada en la ley, el retiro es de carácter imperativo.</i>	<i>Es facultativa, en consecuencia, el empleador podrá o no utilizarla según lo estime pertinente.</i>
<i>Su aplicación, no exige que el servidor reúna requisitos para la pensión.</i>	<i>Su aplicación, exige que el servidor reúna los requisitos de edad y densidad de semanas cotizadas al sistema, así como tener reconocido el derecho a la pensión y estar incluido en nómina de pensionados.</i>
<i>Se configura con 65 años de edad –hoy en 70–.</i>	<i>El derecho a la pensión se adquiere a los 57 años para la mujer y 62 para los hombres.</i>

Así mismo, en sentencia SL3146-2020, la Corte rememorando la anterior providencia y haciendo alusión al artículo 150 y 288 de la Ley 100 de 1993, decantó:

*"Tampoco resulta admisible el argumento del censor, cuando alude a que, por el hecho de ser beneficiario del régimen de transición, en virtud del art. 288 de la Ley 100 no son aplicables las disposiciones de ese estatuto, pues, a todas luces, resulta equivocada e infundada la hermenéutica que se pretende dar a esa disposición que, contrario a lo sostenido por el recurrente, otorga la posibilidad a sus titulares de someterse integralmente a las previsiones del nuevo sistema de la seguridad social en defecto de normas anteriores que siéndole aplicables no le son más favorables. También resulta inadmisibles la acusación fundada en el art. 150 ibídem, pues, **aunado a que el demandante, dada su condición de trabajador oficial, no es titular receptor de lo previsto en el enunciado jurídico**, su actual interpretación debe concordarse con lo dispuesto en el Parágrafo 3.º del art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, como norma emitida posteriormente.*

*De igual forma, atendiendo la redacción de la normativa en referencia, de ella se infiere clara y palmariamente, que además de permitírsele al empleador la terminación del contrato de trabajo por justa causa, a raíz del reconocimiento de la pensión de vejez al trabajador, en modo alguno se condiciona esa facultad a que deba previamente obtenerse el consentimiento del asalariado, tal y como lo pretende hacer creer el recurrente, so pretexto de estar amparado el trabajador con la posibilidad de seguir realizando aportes de cara a mejorar el monto y cuantía de su pensión de vejez". (negrilla y subraya fuera de texto)*

Bajo el anterior panorama, debe tenerse en cuenta que en el asunto bajo examen no le asiste razón a la censura cuando tildó de errónea la sentencia de primer grado, pues conforme se ha venido diciendo, la justa causa del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no pende de que el trabajador haya arribado a la edad de retiro forzoso, más aún cuando tampoco resulta aplicable al actor el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, pues no cuenta con la calidad de empleado público, por tanto, el empleador, en este caso, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAAB – ESP, podía disponer de la facultad prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, poniendo fin al contrato de trabajo con justa causa por haberse reconocido la pensión de vejez al actor, sin que deba garantizarse su continuidad hasta la edad de retiro forzoso.

Al punto, resulta relevante extraer lo delineado en la sentencia SL2509-2017, en la que el máximo tribunal de esta jurisdicción sostuvo: "cuando el legislador por razones de política

*social o económica incorpora al ordenamiento jurídico una nueva justa causa para finalizar los vínculos laborales, esa normativa rige con efecto general inmediato en las relaciones que estén en curso”, y que conforme lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003 prevé que “El empleador **podrá** dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones”, lo que llevó a la Corte Suprema de Justicia a pronunciarse respecto de la expresión “**podrá**” en los siguientes términos: “El vocablo «podrá» que utiliza la norma en sus incisos primero y segundo denota que el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador. Luego, no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad”.*

Bajo ese hilo conductor, en lo que respecta a la voluntad del actor de permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso no puede salir avante tal consideración, ya que el empleador podía esgrimir la justa causa (parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003), independientemente de que aquel haya llegado o no a la edad de retiro forzoso, a más de que es errado sostener que para efectos de la terminación del laborío bajo esta causal, es imperativo contar con la voluntad del trabajador, pues la disposición normativa que orienta la contienda, contiene la expresión “podrá” que corresponde a una decisión discrecional del empleador, sin que penda de la voluntad del laborante.

Ahora, en lo que respecta a la causal invocada y la inclusión en nómina de pensionados, las mismas providencias relacionadas con anterioridad nos permiten reiterar que:

*“la adecuada interpretación de la norma que admite como justa causa el despido del trabajador que cumpla con los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez, a la luz de la modulación que de ella hizo la Corte Constitucional en la sentencia C – 1037 de 2003, ha de conducirse más allá de lo estrictamente formal hacia la certeza de garantizar que la continuidad de los ingresos del trabajador no vayan a sufrir interrupción por la pérdida de esa condición y la adquisición del status de pensionado”.*

En el caso bajo examen, el motivo del finiquito contractual está constituido por la condición del trabajador de pensionado, por manera que debe tenerse en cuenta que Colpensiones reconoció la pensión de vejez mediante Resolución GNR 33446 del 13 de febrero de 2015 (fl.178), indicando que la inclusión en nómina estaría condicionada hasta que se acreditará el retiro definitivo del servicio oficial, por lo que el empleador procedió a terminar el contrato de trabajo mediante carta del **6 de noviembre de 2015**, aduciendo como justa causa el reconocimiento pensional, difiriendo el retiro o desvinculación definitiva del servicio a **partir del 1° de abril de 2016**. En el transcurso del 6 de noviembre de 2015 hasta esta última data, se expidió por Colpensiones la Resolución GNR84298 del 17 de marzo de 2016, en la que reliquidó la pensión por un valor de \$2.064.491 y ordenó la inclusión en nómina a **partir del 1° de abril de 2016**.

Conforme lo anterior, lo primero que viene a propósito colegir es que no se presentó solución de continuidad entre el retiro del servicio e inclusión en nómina de pensionados, ya que si bien se le comunicó la carta de terminación del contrato de trabajo el 6 de noviembre de 2015, sus efectos cobraron vigencia a partir del 1 de abril de 2016, fecha que fue la que dispuso la entidad empleadora para procurar realizar los trámites administrativos ante Colpensiones que dieron lugar a la Resolución GNR84298 del 17 de marzo de 2016, en la que efectivamente se consagra que la inclusión en nómina del actor sería a partir del 1 de abril de 2016. Lo anterior, guarda plena concordancia con lo establecido en el Decreto 2245 de 2012, en la que reglamenta lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003, cuya finalidad no es otra que coordinar entre empleador y la administradora de pensiones a efectos de que no haya interrupción entre el retiro del servicio y el reconocimiento pensional, como aconteció en el presente asunto.

Ahora, el hecho de que se haya emitido la Resolución GNR84298 del 17 de marzo de 2016, con posterioridad a la carta de terminación del contrato (6 de noviembre de 2015), no conlleva a concluir que el despido sean sin justa causa, dado que, tal carta de terminación estaba diferida hasta el 1 de abril de 2016, lapso en el cual se puede concluir que el empleador realizó las gestiones para materializar la inclusión en nómina y por ello la expedición de la Resolución GNR84298 del 17 de marzo de 2016, en la que da certeza de que el actor a partir del 1 de abril de 2016 quedaría incluido en nómina, es decir, acorde con la fecha estipulada en la carta del finiquito laboral.

Al respecto, en la sentencia SL3146-2020, se dijo lo siguiente:

*"En el presente caso, se puede observar cómo justamente la empresa demandada cuidó que sus decisiones estuvieran acompasadas con las del I.S.S., de manera tal que al día de la terminación del contrato de trabajo se contaba, no solo con el reconocimiento de la pensión de vejez, pues, éste se había realizado ya cuatro años antes, sino, con la resolución que anunciaba su inclusión en nómina y disponía el pago de la primera mesada, en la oportunidad correspondiente, una vez vencido el primer mes ya gozando el extrabajador de su nuevo status de pensionado".*

De lo que viene decirse, ningún desafuero cometió el cognoscente de primer grado al negar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, por manera que esta Sala debe mantener incólume en lo que hace a este punto de reproche la decisión impugnada.

### **Factores salariales Decreto 1045 de 1978**

Ahora, el distanciamiento de la parte demandante respecto de la sentencia de primer grado gravita en el hecho de haberse liquidado sus aportes pensionales con un factor salarial distinto al establecido en el Decreto 1045 de 1978. Al respecto, desde ya debe decir este colegiado, que no comparte las intelecciones esgrimidas por el apelante, ello en razón a que, dada la naturaleza de la entidad empleadora, según la cual, en términos del Acuerdo 6° de 1995, es una empresa de Empresa Industrial y Comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, de allí que el Decreto 1045 de 1978 no resulta aplicable al actor, en tanto que en su artículo 2° establece que para los efectos de la citada norma, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional a la Presidencia de la República, ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, entre los cuales no se incluyeron a las empresas Industriales y Comerciales del Estado, como lo es la accionada. Así lo dejó sentado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL981-2019.

Ahora, sí al margen de lo anterior se tuvieran en cuenta dichos factores salariales durante el ingreso del demandante y hasta la entrada vigencia del Decreto 1148 de 1994, tampoco existe medio de convicción tendiente a evidenciar qué fue lo que percibió durante dicho lapso, pues de la documental obrante a folios 61 a 71 del cartapacio, solo se encuentra el reporte de lo devengado desde el año 2006 en adelante, impidiendo la correspondiente liquidación.

Así las cosas, no le asiste razón al cálculo actuarial solicitado, como tampoco a la reliquidación de la mesada pensional, toda vez que al observarse la Resolución GNR 205225 del 13 de julio de 2016, se tiene que Colpensiones para efectuar la liquidación de la mesada pensional tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales contemplados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

Las anteriores razones son más que suficientes para confirmar la intelección a la que llegó la Juez de primer grado, encaminada a no reconocer el cálculo actuarial solicitado, ni la reliquidación de la pensión de vejez.

### **Intereses a las cesantías**

El recurrente centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que la empresa debe ser objeto de condena, en virtud de que el empleador omitió el pago de los intereses a las cesantías, pues en aquel se encontraba su obligación al ser beneficiario del régimen tradicional de cesantías comprendido en los artículos 249 y 253 del CST.

Atinente a este reproche, para la Sala no existe error alguno del fallador de primer grado, al concluir que no era procedente el pago de intereses a las cesantías durante el tiempo en que estuvo vinculado al servicio de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAAB – ESP, pues es criterio decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no existe norma que las reconozca a los trabajadores oficiales. Lo anterior, si en cuenta se tiene que el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el 3º de la Ley 41 de 1975, los intereses a las cesantías los consagra a cargo del Fondo Nacional del Ahorro, más no de la entidad oficial como la aquí demandada (SL 4373/2019 – SL 900/2022), de suerte, que tampoco le asiste derecho a este reconocimiento, tal cual lo dedujo el fallador de primer grado.

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda esta condena, se sigue manteniendo incólume la sentencia de primer grado.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera instancia se confirman.

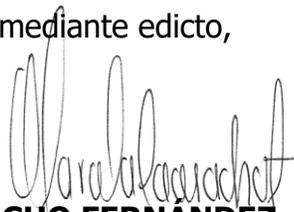
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de febrero del 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

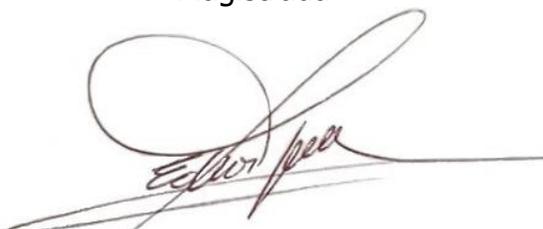
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



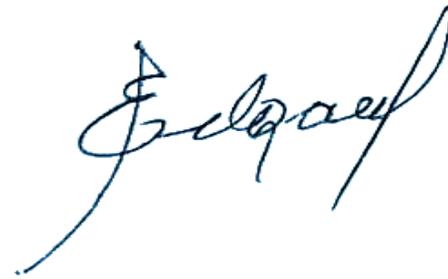
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
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:** TITO MANUEL GARZÓN LOZANO  
**Demandados:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 22-2020-00465-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### SENTENCIA

#### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Nicolas Ramírez Muñoz, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Tito Manuel Garzón Lozano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, pidió que se ordene a Colpensiones aceptar el traslado, mientras que al fondo de pensiones privado trasladar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Así mismo, solicitó lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por AFP Porvenir S.A. en el mes de agosto de 1994, ello debido a que su empleador recibió la visita de los promotores del citado fondo, personal que no era experto ni profesional en el conocimiento o formación en pensiones o en regímenes pensionales. Refirió que el asesor a través de engaños e información errónea e imprecisa, obtuvo la suscripción del formulario de afiliación, sin que para dicho momento haya brindado información suficiente, objetiva y clara, tampoco los efectos jurídicos que le acarrearía esta decisión para su futuro pensional.

(Expediente electrónico, PDF 004SubsanaciónDemanda20210127)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 010ConstanciaNotificaciónPersonal20210920); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquel. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo 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, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. (Expediente electrónico, PDF 021ContestaciónColpensiones)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación al fondo de pensiones en el año 1994, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público – en la que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el párrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 013ContestaciónDemandaPorvenir20210930)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 14 de junio de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, ordenó a la AFP demandada trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos financieros, bonos pensionales y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima. Así mismo, gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados. Declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante, además, le ordenó recibir los dineros provenientes de AFP Porvenir S. A y efectuar los reajustes en la historia pensional; finalmente, condenó en costas a las enjuiciadas.

Para arribar a tal decisiva indicó que la selección del régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, preceptiva que establece la selección libre voluntaria por parte del afiliado, la cual, en los términos del artículo 114 ibídem, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Expuso que de conformidad con la sentencia SL 1688 de 2019, las administradoras de fondos de pensiones desde su fundación están obligadas a brindar información objetiva.

Con fundamento en lo anterior, consideró que la AFP Porvenir S.A., incumplió con el deber que le impone el artículo 167 del C.G.P., en tanto, que no demostró haber

brindado al actor información clara, cierta, comprensible, oportuna, de las características, condiciones y beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, así como sus ventajas y desventajas para el momento en que ocurrió el traslado. Resaltó que, si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma del actor, ello no logra acreditar la debida información que se exige en estos procesos, lo que imponía acceder a las pretensiones de la demanda.

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. AFP Porvenir S.A.** Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que el artículo 9 del C.C. señala que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, principio general del derecho que establece una presunción legal, la cual implica que, habiéndose promulgado una ley, esta es conocida por todos los habitantes. Indicó que como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia SU130-2013, la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes pensionales solidarios, pero excluyentes entre sí, cada uno con características específicas; de tal forma, que por tratarse de una norma de orden público es obligatoria, sin que las partes puedan pactar condiciones diferentes a ella. Con lo expuesto, consideró que el actor debía conocer la información que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que se pueda aducir que el fondo de pensiones abusó de su posición dominante, menos que este relevado de probar las circunstancias iniciales que impidieron conocer la citada ley.

Agregó que el demandante como cualquier otro habitante del territorio nacional le asistía la obligación de conocer la ley, por lo que carece de fundamento razonable el argumento de que por carecer de educación tiene dificultad para conocerla y que por ello estaba imposibilitado en saber las implicaciones de su decisión de traslado pensional. De otro lado, pidió que en caso de que se mantenga la declaratoria de ineficacia, debe ser absuelta de devolver lo descontado por conceptos de comisiones y gastos de administración, en tanto que aquellos son autorizados por la ley como consecuencia de la buena administración que realizó sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, generando rendimientos financieros e inclusive por encima del mínimo establecido por la Superfinanciera. Advirtió que de ordenarse su devolución a Colpensiones, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de ésta, puesto que no existe disposición legal que ordene su retorno, máxime cuando los gastos no están destinados a financiar la pensión, en el régimen de prima media con prestación definida también se descuentan y están sujetos a prescripción.

**5.2. Colpensiones.** Formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, alegando que no se tuvo en cuenta el principio de la relativa jurídica, bajo el entendido de que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP Porvenir S.A., de ahí que como tal acto es inter partes, no puede ser favorecida ni perjudicada con esta decisión. Indicó que la determinación tomada por la A quo estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, pues la ineficacia del traslado genera un impacto en la reserva pensional. Agregó que no puede ser condena en costas.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor que el A quo cimentó su argumentación bajo los parámetros legales y jurisprudenciales mediante los cuales se ha establecido lo atinente a una información suficiente y trasparente al momento del realizar el traslado

de régimen pensional, abordando el estudio y desarrollo del problema jurídico a la luz de la Ineficacia en sentido amplio.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no le asiste razón a la falladora de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.3. Colpensiones.** Vencido el término concedido en providencia anterior, la demandada no presentó alegaciones.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

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? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de 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 el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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

Se encuentra demostrado que Tito Manuel Garzón Lozano se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 10 de agosto de 1980, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la aplicación de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda e historial de vinculación de Asofondos; quien suscribió formulario de afiliación con Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. el 23 de agosto de 1994 y AFP Porvenir S.A. el 20 de agosto de 1997, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes. (Expediente electrónico, PDF 013ContestaciónDemandaPorvenir20210930, págs. 78, 80, 81, 131 y 132)

### **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 y 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. Por último, 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 fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 1994- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)"*.

En adición a lo anterior, 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 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 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.

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

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 codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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, como lo aduce la apelante, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, incluso durante el tiempo de permanencia del actor en Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en lo que hace este punto de apelación.

### **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 primera instancia**

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

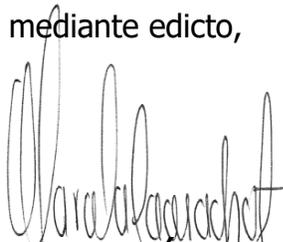
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de junio de 2022, por el Juzgado Veintidós 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 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



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y 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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ELIZABETH PARDO HERRERA  
**Demandados:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 23-2021-00461-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Elizabeth Pardo Herrera instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, se ordene a la AFP accionada devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado, junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones. Así mismo, solicitó que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó al ISS el 18 de marzo de 1987 hasta que se adelantó su afiliación por parte de su empleador Participaciones S.A. a AFP Porvenir S.A., esto es, el 9 de agosto de 1994, suscribiendo el respectivo formulario. Refirió que la vinculación se realizó de manera inconsulta, además, no recibió la asesoría que se requería para que de manera informada tomará una decisión libre y consciente. (Expediente electrónico, PDF DemandaAnexos)

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

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Indicó que aunque desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuáles se llevó a cabo la asesoría, no obstante, aquella decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aun no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación, que llegue a invalidar la misma.

Por el contrario, indicó que puede evidenciarse la negligencia de la actora con respecto a consultar su situación pensional, por tanto, sabiendo las obligaciones como consumidor financiero y dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, no quedaría otra alternativa sino la de concluir que en el caso se presentó un error de derecho, el cual, a voces de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento, debiéndose mantener su afiliación al RAIS al ser totalmente válida.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó 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, inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez con sus consecuencias, inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF ContestaciónDemanda)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. Consideró sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que arriba, en atención a que la actora no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo.

Refirió que no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que aquella durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones. Agregó que contó con múltiples oportunidades para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que ha estado vinculada, además, indicó que no es viable que, transcurridos más de 25 años de su traslado inicial, tenga voluntad de retornar al RPM, cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto, situación que no lo hizo y resolvió continuar haciendo sus aportes al mismo.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF ContestaciónDemanda)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de mayo de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizado el 9 de agosto de 1994. En consecuencia, condenó al fondo de pensiones accionado a trasladar a Colpensiones el capital depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración con cargo a sus propias utilidades. Condenó a Colpensiones recibir los aportes y abonarlos al fondo común que administra, convalidando en la historia laboral, debiendo reconocer y pagar la pensión de vejez conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la cual, queda supeditada a la fecha de retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones para pensión.

Ordenó que la prestación se pagará a razón de 13 mesadas anuales, teniendo en cuenta para calcular el IBL las reglas establecidas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y frente a la tasa de reemplazo el artículo 34 de la citada disposición. Por último, gravó en costas a AFP Porvenir S.A.

Para arribar a tal decisiva indicó que la selección del régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe ser libre, voluntaria e informada al usuario del sistema de la seguridad social. Dijo que de conformidad con el artículo 1604 del C.C., el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones de quienes emanan una responsabilidad de carácter profesional.

Con fundamento en lo anterior, precisó una vez se refirió al caudal probatorio aportado al proceso, así como a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que el fondo de pensiones demandado no allega elemento de persuasión tendiente a acreditar que suministró información necesaria y relevante al momento de traslado de régimen pensional. Indicó que el formulario de solicitud es insuficiente para cumplir con la carga probatoria del deber de información, además, no evidenciaba confesión de la demandante que diera cuenta del conocimiento sobre la información recibida por parte del fondo de pensiones. Concluyó que la AFP no se ocupó de brindar asesoría de forma directa e idónea a aquella, aspectos que le imponían acceder a la ineficacia del traslado.

En lo que hace a la petición de reconocimiento pensional, sostuvo que en armonía al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la demandante ostenta la edad de 57 años, así mismo, de cara a la historia laboral cuenta con un total de 1.467 semanas de cotización, acreditando los requisitos para ser acreedora a la prestación económica que reclama. Frente a su disfrute señaló que de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, no existe medio de convicción que haga constar el retiro al sistema general de pensiones, por el contrario, evidenció que no han cesado las cotizaciones con posterioridad a diciembre de 2021, en tanto que la gestora del litigio confesó que actualmente se encuentra trabajando, por manera que debía ordenar a Colpensiones únicamente el reconocimiento pensional una vez acredite el retiro del servicio. (Expediente electrónico, audio AUDIENCIA EXP. 023-2021-00461-20220511\_093350-Grabación de la reunión)

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. AFP Porvenir S.A.** Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que no hay razones que conduzcan a declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión tomada por la parte actora se hizo consciente y espontánea, quien suscribió formulario de solicitud de vinculación, el cual cumple con los requisitos de ley, mismo que fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; manifestando expresamente que lo hacía en forma voluntaria y libre.

En lo que respecta a la condena de devolver los gastos de administración, seguros y rendimientos indicó que no resulta coherente que se declare la ineficacia *ex tunc* en unos sentidos y en otros no, cuando quiera que la consecuencia de la aplicación de dicha figura es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, de tal manera los frutos dados por la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual, tampoco se generaron. Agregó que los rendimientos financieros al ser privativo del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una condición diferente a la que se encontraría si permaneciera el régimen de prima media, dado que recibiría

dineros que no se generaron en este último de los regímenes en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Atinente al traslado de los recursos de los gastos de administración manifestó que esos montos por mandato legal tienen una destinación específica que en este caso cumplió su cometido, de tal suerte que esas sumas fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la Ley y no se encuentran en poder del fondo. A lo que sumó que su devolución resulta improcedente de conformidad con lo señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia, que tiene la facultad de emitir conceptos doctrinales respecto los temas de su competencia y quien ha advertido que se debe dar cumplimiento en caso de traslados al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

**5.2. Colpensiones.** Formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado alegando que para el año 1994 no existía obligación del deber de información, más aún cuando los pronunciamientos se han venido dando a partir del año 2009, exigiendo a los fondos de pensiones realizar la doble asesoría para realizar el traslado. Dijo que en ese momento bastaba con una información verbal, la cual en el presente asunto se realizó de acuerdo con lo manifestado por la demandante.

Resaltó que la entidad es ajena al acto del traslado realizado, por lo que si su hubiera realizado en forma involuntaria, la oponibilidad versa en primer lugar sobre normas públicas de conocimiento y reproducción libre, por ende, de acceso a cualquier persona y, en segundo lugar, de haber existido información insuficiente en el año de 1994, tal y como lo manifestó en el interrogatorio de parte la actora, el fondo de pensiones ha venido comunicando la situación de su ahorro, rendimientos y características propias de ese fondo.

Significó que aquella tuvo más de 20 años para acercarse a Colpensiones como al fondo privado para solicitar su traslado y no lo realizó sino solamente al encontrarse inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Referente al reconocimiento pensional sostuvo que aquella no se encuentra afiliada a Colpensiones, razón por la cual no le compete reconocer la prestación económica ordenada.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Colpensiones.** Alegó en su favor aduciendo que en virtud de las pruebas arrojadas al proceso la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación con el fondo aquí demandado.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no le asiste razón a la falladora de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera

por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

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 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 actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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 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 a la afiliada 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 Elizabeth Pardo Herrera se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 18 de marzo de 1987, con cotizaciones hasta el 8 de junio de 1988, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico, PDF DemandaAnexos, págs. 60 a 63); quien suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. el 9 de agosto de 1994 (Expediente electrónico, PDF ContestaciónDemanda, pág. 62), donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 8 de junio de 1988, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1º de abril de 1994, no obstante, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A. que tuvo ocurrencia el 9 de agosto de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La Sala no desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están*", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 18 de marzo de 1987, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.*** (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que la afiliada al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 18 de marzo de 1987 y sin necesidad de nuevo

formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 9 de agosto de 1994 a la AFP Porvenir S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

*(...)*

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 vengamos afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

### **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 y 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. Por último, 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 este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 1994- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)"*.

En adición a lo anterior, 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 información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, entregando 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 la 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 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, la afiliada 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**

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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no engloba de manera expresa la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

### **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.

### **Pensión de vejez Ley 797 del 2003**

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1º de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1º de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1º de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

#### **i) Edad**

La demandante cumplió el requisito de edad de 57 años el 3 de enero de 2022, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1965, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

#### **ii) Semanas**

Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A., se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.489 semanas a noviembre de 2021. Por tanto, acertó el Juez primigenio al señalar que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990,

tal y como lo indicó el fallador de primera instancia. Finalmente, debe señalarse que la pensión de la actora debe liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicando una tasa de reemplazo de acuerdo con lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación confirmará en lo que hace a este punto de apelación, la sentencia de primer grado.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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** el numeral segundo de la sentencia proferida el 11 de mayo del 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la señora **ELIZABETH PARDO HERRERA**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**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 de la demandante 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

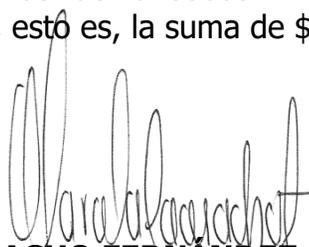


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y 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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** FANNY ANDREA RIVERO RODRÍGUEZ  
**Demandada:** COLPENSIONES  
**Radicación:** 24-2013-00528-01  
**Tema:** PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Fanny Andrea Rivero Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se reconozca el derecho a la pensión de sobrevivientes, junto con los intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que es hija del señor Hernando Riveros Aranda, quien falleció el 24 de septiembre de 1996 y dependía económicamente de su padre por ser menor de edad. Refirió que reclamó pensión de sobrevivientes el 18 de enero de 2011 ante el ISS, la cual fue negada mediante Resolución No. 12679 de 11 de abril de 2012, bajo el argumento de que la prestación ya se encontraba reconocida y no podía efectuar notas débito respecto de valores ya cancelados. Indicó que su padre a la fecha de su deceso cotizó 26 semanas, además, que se encuentra incapacitada para trabajar dado a que está cursando estudios en el CENACAP y es menor de 25 años. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, págs. 5 a 9)

### 2. Contestación de la demanda

**2.1. Colpensiones.** Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando en su defensa que el ISS decidió no otorgar la pensión de sobrevivientes deprecada, puesto que la demandante no cumplía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es, no demostró la convivencia requerida. En cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 3º, 6º, 8º a 12º, 15º y 17º y, en cuanto a los demás señaló no constarle o ser ciertos. Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y como de fondo las que denominó prescripción y cobro de lo no debido. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, págs. 32 a 35)

**2.2. Carlos Darío Riveros Pulido.** En auto calendado 25 de octubre de 2013, el A quo ordenó su vinculación en calidad de litisconsorte necesario y en tal carácter, el citado a través de Curador Ad Litem presentó escrito de intervención oponiéndose a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que los hechos en que sustenta la demanda deben ser objeto de la correspondiente valoración y análisis jurídico, que en su leal saber

y entender realizará de los medios de convicción aducidos al plenario el cognoscente de primer grado, a efecto, de tomar la decisión que en derecho corresponda, ajustada a los preceptos que de orden superior otorgan los derechos que les asiste a las partes de conformidad con las normas que regulan la materia. En lo que hace a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° al 4°, 8°, 9° y 17°. No formuló excepciones. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, págs. 76 a 79)

**2.3. Gladys Milena Riveros Pulido.** Vinculada a la Litis en calidad de litisconsorte necesario mediante providencia adiada 25 de octubre de 2013, se le tuvo por no contestada la demanda en auto del 18 de julio de 2016. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, pág. 100)

**2.4. Herederos determinados de María Gladys Pulido de Riveros.** Mediante providencia adiada 8 de noviembre de 2018, se dispuso la integración de Gladys Milena Riveros Pulido, Carlos Darío Riveros Pulido, Tania Riveros Pulido y Vladimir Hernando Riveros Pulido, en calidad de herederos determinados de María Gladys Pulido de Riveros. Los señores Tania Riveros Pulido y Vladimir Hernando Riveros Pulido, se allanaron a las pretensiones de la demanda, quienes no presentaron excepciones (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, págs. 169 a 171). Por su parte, Gladys Milena Riveros Pulido, en auto adiado 21 de agosto de 2020, se le tuvo por no contestada la demanda (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, págs. 211 y 212), mientras que a Carlos Darío Riveros Pulido en providencia del 15 de febrero de 2022. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, págs. 219 y 220).

**2.5. Tania Riveros Pulido y Vladimir Hernando Riveros Pulido.** En auto proferido dentro de la audiencia celebrada el 12 de septiembre de 2017, el juzgado de primer grado ordenó su vinculación en calidad de litisconsorte necesario y en tal carácter, los citados presentaron escrito de intervención allanándose a todas las pretensiones de la demanda, aceptando los hechos señalados por su hermana Fanny Andrea Riveros en esta. No formularon excepciones de ninguna índole. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, págs. 132 a 134)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 17 de junio de 2022, en la que la Juzgadora condenó a la enjuiciada a reconocer y pagar a la actora pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su padre Hernando Riveros Aranda, a partir del 24 de septiembre de 1996, en cuantía igual a \$516.227, por catorce mesadas pensionales al año, dividida en el número de beneficiarios acreditada para esa fecha, realizando un único pago de \$229.249.730, por concepto de retroactivo causado entre la citada calenda al 30 de junio de 2015, debidamente indexado. Autorizó a Colpensiones a que del retroactivo causado deduzca lo correspondiente a los aportes al sistema de seguridad en salud, además, advirtió a la entidad que puede adelantar las acciones de cobro a que haya lugar respecto de las mesadas que están marcadas como doble pago. Por último, gravó en costas.

Para arribar a tal determinación, tuvo como problema jurídico dilucidar si la actora cumple con los requisitos exigidos por la ley, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de origen común con ocasión al fallecimiento de Hernando Riveros Aranda. Con tal propósito, luego de citar lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, advirtió que no existió mayor discusión respecto de la densidad de semanas cotizadas por el causante dentro del último año anterior a su deceso, ello en atención a que el ISS al momento de resolver la prestación económica a María Gladys Pulido de Riveros, Gladys Milena Riveros Pulido y Carlos Darío Riveros Pulido, indicó en Resolución 037144 de 2007, que cotizó un total de 78 semanas, de las cuales 36 corresponden al año anterior a su fallecimiento, aspecto que se confirma con el reporte de semanas adosada al plenario.

Respecto de la calidad de beneficiaria del causante, sostuvo que tal aspecto se encuentra acreditado con el Registro Civil de Nacimiento de la actora, el cual da cuenta que es hija del causante, lo que hace que sea beneficiaria de la prestación económica. Dijo que en lo que hace al pago de la pensión con posterioridad al cumplimiento de la mayoría de edad, el literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su texto original establece que serán beneficiarios de la pensión los mayores de 18 años y hasta 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte.

Frente al primer requisito señaló la demandante cumplió la mayoría de edad el 17 de mayo de 2011, fecha a partir de la cual debe acreditar la calidad de estudiante, de tal forma, a las voces del artículo 15 del Decreto 1880 de 1994, la actora en efecto allegó certificación de estudios expedida por la Universidad de los Llanos, en la que se hace constar que aquella inició sus estudios en el primer periodo académico del año 2010 y aprobó la totalidad de su plan de estudios al término del primer semestre del año 2015, encontrándose probado este requisito.

En lo atinente al segundo requisito, luego de hacer valoración al acervo probatorio allegado por las partes, dijo que la dependencia económica de la demandante frente a su padre fallecido se encontraba probada, en tanto que al ser menor de edad para dicho momento y al continuar con sus estudios al cumplimiento de la mayoría de edad, debe presumirse que dependía del causante. Conforme a lo anterior, dijo que se hallaba demostrado los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por tanto, condenó a la encartada a reconocer dicha prestación a partir del 25 de septiembre de 1996 (SIC) y hasta cuando culminó sus estudios.

En lo referente al fenómeno de prescripción hizo alusión a los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., para significar que para el momento en que se causó la pensión de sobrevivientes, la actora ostentaba la condición de menor de edad, por manera que la prescripción se suspendió hasta el momento en que aquella cumplió la mayoría de edad, esto es, 17 de mayo de 2011, por lo que a partir de dicha data tenía tres años para reclamar los créditos. Refirió que aquella realizó reclamación de la prestación el 18 de enero de 2011, misma que fue negada mediante Resolución 12679 de esa misma anualidad, además, presentó demanda 26 de julio de 2013, es decir, dentro del término trienal, por tanto, concluyó que no debía ser declarada la excepción de prescripción formulada.

En relación con el retroactivo causado, indicó que la prestación económica ya fue reconocida mediante acto administrativo 037144 del 24 de agosto de 2007 en cuantía inicial para septiembre de 1996 de \$518.227, la cual fue repartida entre los demás beneficiarios. No obstante, aclaró que la razón emanada del ISS para negar la prestación económica a la aquí promotora del proceso, según la cual no puede realizarse un doble, no está llamada a prosperar, debiendo por tanto Colpensiones perseguir las mesadas pensionales canceladas en exceso a los demás beneficiarios.

Atinente a los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que estos buscan resarcir la mora injustificada en el pago de las mesadas pensionales, sin embargo, dijo que encuentra justificada la improcedencia de los citados réditos dada la razón que tuvo Colpensiones para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la aquí demandante, esto es, la imposibilidad de hacer un débito sobre lo ya pagado. (Expediente digital, Audio 13AudioAudiencia17-06-2022)

## 4. Impugnación y límites del ad quem

**4.1. Demandante.** Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación esgrimiendo que aunque es cierto que el ISS en su momento negó el derecho a la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de que la prestación ya había sido reclamada y que no podía generar débitos, sin embargo, no es un argumento para que se pueda enervar la condena sobre los intereses moratorios, dado a que cuando se causó era menor de edad, a lo que se suma que la ley establece que para tener derecho a la misma se deben cumplir dos requisitos, esto es, que sea hijo del fallecido y que tengas las semanas cotizadas el causante y, no exige si la prestación ya se pagó a otras personas o si se generaron notas débitos. De esta manera, pidió el reconocimiento de los intereses moratorios, junto con la indexación de las sumas, dado a que proceden de forma conjunta.

(Expediente digital, Audio 13AudioAudiencia17-06-2022)

**4.2. Colpensiones.** En su alzada esbozó que ha actuado en derecho en los distintos actos administrativos que se han emitido, atendiendo a todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Ley y la sentencia de tutela, mediante la cual se dispuso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge y sus hijos María Gladys Pulido de Riveros, Gladys Milena Riveros Pulido y Carlos Darío Riveros Pulido, con ocasión del fallecimiento del señor Hernando Riveros Aranda. Indicó que, si bien se ordena cancelar un retroactivo pensional a favor de la aquí demandante, lo cierto es que ya efectuó los pagos que corresponden en cumplimiento al fallo constitucional, de tal forma que de mantenerse la orden que profirió la A quo se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema en la medida que se estaría haciendo un doble pago. Por lo anterior, pidió que el retroactivo pensional debe ser cancelado por los demás beneficiarios y sucesores procesales, quienes recibieron la pensión de sobrevivientes y se beneficiaron de dineros que no le corresponden. (Expediente digital, Audio 13AudioAudiencia17-06-2022)

**5. Alegatos de conclusión.** Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante 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 las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de la citada entidad en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la misma codificación.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- ✓ ¿A la señora Fanny Andrea Rivero Rodríguez, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Hernando Riveros Aranda, acaecida el 24 de septiembre de 1996?
- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al negar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar que Colpensiones actuó de buena fe al negar la prestación económica reclamada por la señora Fanny Andrea Rivero Rodríguez?

### Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que la Sala debe advertir es que el fallecimiento del señor Hernando Riveros Aranda se encuentra acreditado con el registro

civil de defunción con número D 0955222 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, pág. 20), el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 24 de septiembre de 1996, como se indicó en el libelo incoatorio.

### **Normatividad aplicable**

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, dado que el óbito se produjo el 24 de septiembre de 1996. (SL 701-2020)

### **Densidad de semanas**

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, en el literal a) exige, por lo menos, 26 semanas de aportes en el año inmediatamente anterior a la muerte, para el caso de los cotizantes inactivos. En el *sub judice* tenemos que de cara a la fecha del deceso del señor Hernando Riveros Aranda, esto es, 24 de septiembre de 1996 y dentro de dicho interregno, aquel cotizó, un total de 36 semanas, según se advierte de la hoja de prueba generada por el ISS, para la liquidación de la prestación económica (Expediente digital, PDF 06CuadernoNo.2ExpedienteAdministrativo, pág. 179); con lo cual se cumple el requisito exigido.

### **Parentesco**

Tampoco existe controversia en que el señor Hernando Riveros Aranda fue progenitor de la señora Fanny Andrea Rivero Rodríguez, aspecto que también logra extraerse del registro de nacimiento adosado al informativo. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, pág. 18)

### **Reconocimiento pensional**

Debe precisarse, que fue un hecho libre de discusión que mediante Resolución No. 037144 del 24 de agosto de 2007, el Instituto de Seguros Sociales, dando cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 11 de julio de 2007, resolvió conceder pensión de sobrevivientes a María Gladys Pulido de Riveros, Gladys Milena Riveros Pulido y Carlos Darío Riveros Pulido, en su calidad de cónyuge supérstite e hijos del causante Hernando Riveros Aranda.

### **Requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes**

Ahora bien, no admitiendo discusión que el trabajador falleció el 24 de septiembre de 1996, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que establece en su literal "c" que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes "los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes."

A este respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia con radicado No 29526 del 2 de agosto de 2007, afinó su orientación doctrinaria en derredor del entendimiento del artículo 47 de la ley 100 de 1993, así: "*se desprende que comprende tres grupos de descendientes: a) Los hijos menores de 18 años, b) Los hijos entre 18 y 25 años que estén incapacitados para trabajar por motivo de estudios, y c) Los hijos inválidos; respecto de los cuales, únicamente se exige el requisito de la dependencia económica frente a los dos últimos contingentes; lo cual como lo pone de presente la censura, tiene su lógica, dado que en relación con los hijos menores de edad, los padres ostentan la patria potestad y por*

*ende tienen el deber y la obligación legal de velar por su sostenimiento o manutención, lo que por sí solo los hace dependientes económicamente”.*

En punto a la dependencia económica, cualquiera sea el beneficiario, tiene dicho la jurisprudencia de la CSJ, que:

*“i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas” (Sentencia SL14539-2016, reiterada en las SL15116-2014 y SL2799-2018)*

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial se debe establecer si la demandante acreditó el cumplimiento de dichos requisitos, para ser acreedora del reconocimiento pensional. A ese propósito se verifica con el registro de nacimiento que reposa en el diligenciamiento (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, pág. 18) que Fanny Andrea Riveros Rodríguez nació el 17 de mayo de 1993, de manera que, para la fecha de la muerte de su padre, esto es, 24 de septiembre de 1996, era menor de edad y, en ese sentido, no le es exigible el requisito de dependencia económica, dada a su misma condición de hija menor de edad, tal y como se señaló con anterioridad.

Por consiguiente, no se equivocó la juez de primer grado al colegir que la promotora del litigio tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 24 de septiembre de 1996, fecha en la que ocurrió el deceso de su padre y hasta el 17 de mayo de 2011, data en la que cumplió la mayoría de edad, pues cumplidos los 18 años y hasta los 25 años, deberá acreditar las condiciones legales de dependencia económica respecto de su progenitor al momento del óbito y su situación de estudiante durante dicho interregno.

Por manera que habrá de evaluarse entonces si la aquí demandante demostró los citados presupuestos normativos, para lo cual ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que del acopio probatorio arrojado al proceso se tiene que arrojó certificación expedida por la Universidad de los Llanos aditada 10 de mayo de 2017, en la que se hace constar que, en el primer periodo académico del año 2010, la actora inició sus estudios en el programa de administración de empresas, aprobando la totalidad de los cursos del plan de estudios al término del primer periodo académico del año 2015 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, pág. 122), con lo cual demuestra la condición de estudiante.

Ahora, en lo que hace al segundo requisito, esto es, la acreditación de la falta de autosuficiencia económica respecto al causante al momento en que se produjo su fallecimiento, esta se convalida, no solo porque Fanny Andrea Rivero Rodríguez al momento de la muerte de su progenitor, era menor de edad, por tanto, por esa misma condición no necesita prueba de la citada dependencia, ni acreditación de otra índole (SL1724-2018), sino, también porque los testimonios que fueron escuchados en el diligenciamiento llevan al convencimiento de que aquella no era autosuficiente para proveer sus propios gastos, pues así lo indicaron los señores Serafín Moreno Feliz, Cristian Alejandro Silva y Wolfgang Malagón Martínez, quienes de forma precisa y coherente, manifestaron que era el señor Hernando Riveros Aranda, quien dispensaba el sustento económico a la demandante.

Significa lo dicho en precedencia, que no se equivocó la falladora de primer grado al colegir que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación económica reclamada a partir del 24 de septiembre de 1996 al 30 de junio de 2015, de allí que se siga confirmar en lo que hace a este punto la sentencia consultada y apelada.

## **Prescripción**

Verifica la Sala que la encartada propuso como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción en la contestación de la demanda, frente a la cual ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

Ahora, la A quo, para no declarar probada la excepción de prescripción, indicó que de conformidad con el artículo 2512 del C.C., para la fecha en que se causó la prestación económica era menor de edad, de allí que por dicha condición el término extintivo se suspendió y hasta cuando alcanzó la mayoría de edad que la posibilita para ejercer las acciones tendientes a reclamar su derecho a la pensión de sobrevivientes.

Esa decisión resulta acertada, pues para la fecha de causación de la prestación económica la demandante era menor de edad, por manera que de conformidad con los artículos 2541 y 2530 del Código Civil, dada a esa condición, se suspendió el término prescriptivo hasta cuando aquella alcanzó la mayoría de edad, esto es, 17 de mayo de 2011; punto frente al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho, por ejemplo, en sentencia SL1724 de 2018, que rememoró la decisión SL10641-2014, que:

*"En armonía con los artículos 2541 y 2530 del código civil, la Corte tiene establecido que, frente a los menores de edad, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción, es decir, que en su caso opera la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad, o su representante ejerza en su nombre el derecho de acción y en virtud del mismo presente la respectiva demanda."*

Acorde con ello y teniendo claro que el fenómeno de la prescripción se suspendió hasta el 17 de mayo de 2011, al revisar el expediente se observa que la solicitud pensional se realizó el 18 de enero de 2011, misma que fue resuelta mediante Resolución 12679 del 11 de abril de 2012 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, págs. 10 a 12) y la demanda se formuló el 26 de julio 2013 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteCuadernoNo.1, pág. 24), por lo que es claro que entre una fecha y la otra no transcurrió más del término trienal establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., de manera que no operó el fenómeno prescriptivo de los derechos reclamados con la demanda, tal y con acierto lo concluyó la juez primigenia.

## **Retroactivo pensional**

Afirma la entidad apelante que el retroactivo pensional causado a favor de la demandante, debe ser cancelado por los llamados a integrar la litis, si se tiene en cuenta que, por virtud de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito, disfrutaron inicialmente de la pensión de sobrevivientes, por manera que, para evitar un doble pago, son ellos quien deben asumir el retroactivo pensional causado. Sobre este aspecto, como se vio en los antecedentes de esta providencia, la Juez de primer grado señaló que tal situación no puede afectar el derecho a la que también debió ser beneficiaria de la prestación económica, debiendo por tanto Colpensiones perseguir las mesadas pensionales canceladas en exceso a los demás beneficiarios.

Para la Sala, tampoco luce desacertado la intelección a la que llegó la A quo, pues el hecho de que el ISS haya resuelto reconocer la prestación económica a favor de María Gladys Pulido de Riveros, Gladys Milena Riveros Pulido y Carlos Darío Riveros Pulido, en virtud de la orden proferida por el juez constitucional, no puede afectar el derecho que tiene Fanny Andrea Rivero Rodríguez desde a fecha del fallecimiento del causante, pues así lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4099 de 22 de marzo de 2017.

Además, acertó al señalar que la entidad debe repetir contra las personas que recibieron en exceso las mesadas pensionales que se causó a partir del fallecimiento del señor Hernando Riveros Aranda, pues, a propósito de los reproches indicados por la apelante, con ello se evita afectar la sostenibilidad financiera del sistema, debiendo por tanto perseguir con los mecanismos dispuestos en la ley, los dineros que abonó a los demás beneficiarios en el mayor valor que le correspondía. En ese mismo sentido, el Alto Tribunal de la jurisdicción Laboral señaló en sentencia SL226 de 2021 al respecto:

*En tal sentido, por la importancia que tiene la pensión en la protección de la persona, con mayor razón, para aquellos que son beneficiarios de la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, dejar de participar en el trámite administrativo que convoca a los posibles titulares o beneficiarios no tiene el alcance de restringir el reconocimiento del derecho, es decir, que el hecho de no haber reclamado en el llamado que hizo la entidad, o simplemente haber permitido en este caso, que los hijos de la señora Nubia Montaña Alegría hayan sido los únicos reclamantes con el objetivo de hacer contrapeso al derecho de la cónyuge superviviente, señora Juana Beatriz Alomia de Suárez, no excluye la posibilidad de que aquella con posterioridad se presente a reclamar o disputar el derecho que le correspondía desde que aquél se causó (11 de junio de 1996, fecha del óbito del causante pensionado), dado que esa limitación no está contemplada en el ordenamiento jurídico, pues dejar de ejercer esa inicial reclamación incidirá exclusivamente en el componente económico a la hora de su exigibilidad, ya que se repite, solo podrá recibir aquellas mesadas que no quedaron cobijadas por el instituto de la prescripción, como en efecto lo analizó y dispuso el Tribunal en la sentencia que se cuestiona (f. 502 cuaderno principal No. 2).*

*Sin embargo, la Sala no puede desconocer el traumatismo administrativo, y peor aún, el riesgo económico que se genera en el reconocimiento pensional a cargo de las entidades frente a la aparición de adicionales beneficiarios de la prestación, pues es claro que, por permitírsele el ordenamiento jurídico, no deben correr con la suerte de ese tipo de excusas, dado que, si acreditan el derecho, aquél debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento, que se insiste, en la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, es la muerte del causante pensionado o afiliado el que marca ese derrotero.*

*Por esa razón, y para evitar que se sacrifique el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional ante la reclamación y surgimiento del derecho en cabeza de nuevos beneficiarios de la prestación económica, y se llegue a considerar un pago doble o sin causa alguna, el legislador permitió a la entidad que asume el reconocimiento de la pensión, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios iniciales, o en su defecto, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud.*

Así las cosas, sin que haya más consideraciones por hacer, no queda otra disyuntiva que despachar de manera desfavorable el recurso de alzada, debiéndose confirmar en lo que hace a este punto de apelación la sentencia proveída en primera instancia.

## **Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*, y más recientemente en sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: *"están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

Así mismo, en sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que *"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal"*.

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: *"se causan a partir del plazo máximo de 2 meses a que se refiere el artículo 1° de la ley 717 de 2001"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también *"cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales"* (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que no procede esta condena toda vez que existieron razones atendibles y serias mediante las cuales Colpensiones negó la prestación económica reclamada, ello en atención a que, por virtud de la sentencia de tutela proferida por el juez constitucional, tuvo que reconocer la pensión de sobrevivientes únicamente a los beneficiarios que la solicitaron en ese momento, de allí la negativa en el reconocimiento pensional que en su momento efectuó el ISS a través de la Resolución No. 12679 del 11 de abril de 2012, no siendo por tanto caprichosa, a lo que debe agregarse que las razones que tuvo en cuenta la entidad para ello fue también con el fin de precaver un doble pago, con miras a no afectar la sostenibilidad financiera del sistema, aspecto que solo a través de este proceso judicial es que se define y declara que la actora tiene el derecho al retroactivo pensional bajo las consideraciones que se esgrimieron con anterioridad.

Por lo dicho, no erró la juez de primer grado al negar los réditos reclamados, por manera que se sigue confirmar en su integridad la sentencia consultada y apelada.

### **Costas en esta instancia**

Sin costas en esta instancia, por no haber prosperado los recursos de apelación formulados por las partes. Las de primera se confirman.

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 junio de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
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-*