



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** GLORIA ESPERANZA MORA MALDONADO  
**Demandada:** TRANSPORTE CUNDINAMARCA S.A.  
**Radicado No.:** 22-2020-00274-01  
**Tema:** INDEMNIZACIONES – APELACIÓN DEMANDANTE

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** Gloria Esperanza Mora Maldonado instauró demanda ordinaria contra Transportes Cundinamarca S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre 19 de enero del 2012 al 18 de enero de 2020 y, en consecuencia, se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indemnización por despido indirecto o injustificado, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 19 de enero de 2012 celebró con la demandada un contrato de trabajo verbal a término indefinido, para ocupar el cargo de contadora, con una asignación mensual de \$2.800.000; que a pesar del carácter indefinido del contrato, fue requerida para suscribir un contrato a término fijo inferior a un año, con fecha de vencimiento 18 de julio de 2013; que la actora era la única contadora en la empresa; que la demandada no le canceló las cesantías causadas del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018; que la entidad demandada no le canceló salarios de los últimos meses, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones; que el 16 de diciembre de 2019 le notificaron la no renovación del contrato laboral, el cual, correspondió a las diversas reclamaciones administrativas y judiciales por parte de la demandante respecto de las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales. (Expediente electrónico, PDF 01, folios 55 a 65).

**2. Contestación Transportes Cundinamarca S.A.:** Al momento de recorrer el término de traslado manifestó que no es cierto que haya existido entre las partes un contrato a término indefinido, sino que lo fue a término fijo, el cual fue firmado y aceptado por la demandante al momento de su vinculación; que respecto a los salarios y prestaciones, manifestó que efectivamente se deben las cesantías del año 2018 y 2019, los intereses a las cesantías y unos periodos de vacaciones, pero que el no pago no es por capricho de la empresa sino por su situación financiera y económica, ya que se encuentra con medidas de extinción de dominio; que la entidad a través del actual depositario ha buscado recursos económicos con el fin de atender las obligaciones que se tienen con sus extrabajadores; que la prima de servicios del segundo periodo del año 2019 fue cancelado como consta con el comprobante No 8232; que el salario del mes de

noviembre, diciembre de 2019, enero de 2020 fue cancelado conforme comprobante No 8097, 8106, 8115 y 8232, respectivamente; que la entidad ha actuado de buena fe y ha intentado con la actual administración de cumplir en la medida de las posibilidades, consiguiendo recursos para satisfacer las obligaciones de carácter laboral que tiene con sus extrabajadores; que la entidad no tiene recursos debido al proceso de extinción de dominio, además que está supeditado a la autorización por parte de la SAE; que el contrato no finalizó sin justa causa, sino que fue en aplicación de la potestad que tiene el empleador de dar por terminado el contrato a término fijo, informándole de su no renovación tal como lo estipula la ley. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, buena fe, mala fe y falta de lealtad procesal, y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 04Contestación, folios 1 a 12, y archivo No 10).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 18 de enero de 2023, en la que la falladora declaró que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo que inició el 19 de enero del 2012, el cual se prorrogó y finalizó el 18 de enero de 2020, y para el cual, devengó desde el año 2018 la suma de \$2.800.000 como salario. En tal virtud, condenó a la demandada a pagar a favor de la actora la suma de \$8.704.000 por saldo de salarios adeudados, \$5.732.222 por cesantías, \$672.749 por intereses a las cesantías, \$1.524.444 por prima de servicios, y \$1.470.000 por compensación de vacaciones; absolvió a la demandada de las demás pretensiones y la gravó en costas.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que en lo que respecta al contrato de trabajo, no puede sostenerse que lo fue a término indefinido por el solo transcurrir del tiempo o por no haberse presentado documento de renovación del primer contrato suscrito, por lo que, aceptado por la actora la suscripción del primer contrato a término fijo inferior a un año el 19 de enero de 2012, lo que se presentó fueron prórrogas al mismo, siendo la última la que va desde el 19 de enero de 2019 al 18 de enero de 2020, y en ese sentido, como se allegó el preaviso del 16 de diciembre de 2019 a través de la cual se le notificó a la demandante que el contrato vencería el 19 de enero de 2020, concluyó que el contrato finalizó por vencimiento del plazo fijo pactado conforme el artículo 46 del CST. Ahora, frente al argumento de que no se le podía finalizar el contrato por estar gozando de la calidad de prepensionada, adujo que tal circunstancia no fue objeto del litigio, por lo que, la demandada no tuvo la oportunidad de pronunciarse, es decir, se trata de un hecho nuevo sobre el cual no es dable emitir pronunciamiento.

En lo que concita con la indemnización del artículo 64 del CST, precisó que ninguna prueba acredita la tesis de la parte demandante, esto es, que el contrato finalizó por las diferentes reclamaciones que presentó la actora buscando el pago de las acreencias laborales adeudadas, y en ese horizonte, solo puede tenerse en cuenta lo establecido en la carta de terminación, esto es, la expiración del plazo pactado.

Frente a la indemnización del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dijo que la entidad demandada logró acreditar que no obró de mala fe en la omisión del pago de las acreencias laborales, ya que al haberse ordenado la medida cautelar mediante resolución de fecha 15 de febrero de 2017 proferida por la Fiscalía 35, relativa a la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de la sociedad, esta perdió su autonomía y el negocio quedó en manos de una entidad de naturaleza pública, además como las acreencias adeudadas son posteriores a la emisión de la citada resolución, ubican a la pasiva en el campo de la buena fe y se torna improcedente las sanciones por mora, tanto de las cesantías del año 2018, como de la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, ordenando de manera subsidiaria la indexación. (Expediente electrónico, PDF 28 y audiencia virtual archivo No 27).

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que, si bien el despacho hizo alusión a las prórrogas y que las mismas estuvieron acordes con la normatividad vigente, no hizo análisis de fondo respecto de la nota que la demandante colocó en la carta de terminación, esto es, que “me reservo el derecho a reclamación por el fondo de pensión que tengo”, lo que también conduce a establecer que no hizo pronunciamiento sobre la pensión por edad que ostentaba la actora para el momento del despido, y que, hubiera dado lugar a determinar que el despido se dio sin justa causa; que frente a la sanción del artículo 65 y del numeral 3° del artículo 29 de la ley 50 1990, no se tuvieron en cuenta los testimonios, especialmente el señor Óscar y la señora Gina Paola, quienes manifestaron que la empresa demandada, a pesar de estar intervenida, hizo venta de varios activos y estos dineros no fueron pagados en prestaciones sociales, razón por la cual, se deben analizar más de fondo el tiempo, el modo y lugar en la cual se desarrolló y finalizó la relación laboral de la accionante; que no se analizó el interrogatorio de parte de la demandante, en punto a demostrar la mala fe, es decir, no se tuvo en cuenta el tiempo laborado, la modalidad del contrato que permaneció en el tiempo, y la función que ejercía; que la actora fue contratada posteriormente bajo un contrato de prestación de servicio, razón por la cual si incurrió en mala fe la demandada; que al desligarse de las obligaciones la entidad encartada incurre en mala fe.

**5. Alegatos de conclusión.** La activa alegó en su favor y reafirmó los argumentos expuestos al momento de impugnar la sentencia de primera instancia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** 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 expuesta por la recurrente.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización por despido sin justa causa? (ii) ¿Hay lugar a la condena de indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 65 del CST?

**3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada.** Encuentra la Sala que no es materia de discusión por no ser recurrido por las partes que entre Gloria Esperanza Mora Maldonado y Transportes Cundinamarca S.A., existió una relación laboral, con vigencia entre 19 de enero del 2012 al 18 de enero de 2020. Tampoco es objeto de controversia su modalidad o duración, el salario devengado y la labor de contadora que desarrolló. Ni que en virtud del citado nexo contractual se adeuda a la actora cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones en la forma y cuantía determinada por la juez primigenia.

**4. Justa Causa para la terminación del contrato de trabajo.** El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que aduce el recurrente que no se tuvo en cuenta la nota *"me reservo el derecho a reclamación por el fondo de pensión que tengo"* que aparece en la carta de no renovación del contrato de trabajo, ante lo cual, ciertamente, al revisar la carta del 16 de diciembre de 2019 (Fol. 21 archivo No 04), se constata que en la parte final se dejó la anotación *"Me reservo el derecho a algún tipo de reclamación por el fuero de pensión"*, sin embargo, tal aspecto solo fue referido por el apoderado en los alegatos de conclusión, lo que impide desde cualquier arista hacer alusión al respecto, dado que no fue objeto de discusión la calidad de prepensionada que reclama la activa, además nótese que el sustrato de la demanda en punto al despido está sustentado en que la terminación del contrato estuvo fundada en las varias reclamaciones que había efectuado solicitando el pago de lo adeudado, sin que ningún hecho, pretensión o fundamentos de hecho y de derecho de la demanda haga alusión al tema o calidad de prepensionado, razón por la cual, bien hizo la a quo en desestimar tal pedimento por no ser objeto de controversia entre las partes.

Ahora, entrar a realizar alguna disquisición al respecto conllevaría a socavar el principio de congruencia de las decisiones judicial, el cual, al tenor de lo establecido en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, **sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia**"* (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibidem"*



Así las cosas, considera la Sala que el estudio que propone la activa sobre su eventual estado de prepensionada no se encuentra comprendida en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fue discutida en las etapas del proceso, pues la génesis de la controversia consistió en que la terminación no fue por el plazo fijo pactado, sino a consecuencia de las reclamaciones que efectuó tendientes al pago de las acreencias insolutas, aspecto que tal como lo sentenció la juez de instancia, imposibilita la definición de un tema que no se encuentra comprendido en la fijación del litigio.

Ahora, tampoco bajo la egida de las facultades ultra y extra petita podría adentrarse la a quo en ese análisis, dado que para ello se requiere de conformidad con el artículo 50 del CPTSS, que "i.) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) que los mismos estén debidamente probados" (SL575-2013), lo que no sucede en el caso de autos, pues no existe ningún hecho y pretensión que sustente la eventual calidad de prepensionada y a pesar de que se haya dejado una nota en la carta de no renovación del contrato, de allí no se desprende que tal tema haya sido debatido y probado en el proceso judicial, por lo que, ningún dislate se desprende de la decisión de instancia en este tópico.

Por otra parte, se alude a que la terminación lo fue como retaliación a los reclamos realizados por concepto de acreencias laborales insolutas, pero nada de ello se encuentra acreditado, y si, lo que pretendía la actora era configurar un despido indirecto, debía o tenía la carga de la prueba de demostrar que "la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables" al empleador, como lo aquilató la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-19995-2017, de la siguiente manera:

*"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."*

Por lo expuesto, como quiera que la notificación de no renovación del contrato se presentó el 16 de diciembre de 2019 (Fol. 21 archivo No 04), es decir, antes de 30 días de vencer el término del contrato (18 de enero de 2020), se constata que la finalización del contrato de trabajo a término fijo se dio bajo los parámetros que establece el artículo 46, numeral 1º del CST, en concordancia con el artículo 61, literal C) *ejusdem*, esto es, por expiración del plazo fijo pactado.

**5. Indemnización moratoria artículo 99 ley 50 de 1990 y artículo 65 CST.** En relación con las referidas indemnizaciones, 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.

De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de prestaciones sociales que puede dar lugar a la moratoria debe ser analizada de acuerdo a las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, o de la fecha en que debía consignar las cesantías.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que la razón que esgrime la demandada es la situación económica por la que atraviesa la entidad, producto de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo ordenado por la Fiscalía 35 Especializada de Extinción de Dominio, el 17 de febrero de 2017, lo que conlleva a la Sala a traer a colación lo decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3901-2018, en la que dijo lo siguiente:

*"Con todo lo anterior la Sala quiere llamar la atención en que, en este especial caso, la intervención de la demandada por parte de la Fiscalía General de la Nación, junto con el cambio forzoso de administración y la doble condición contractual que adquirió el actor, crearon un contexto de confusión que no era imputable exclusivamente a la empresa y a sus secuestres y que la legitimaban para albergar la íntima convicción de no deber acreencias laborales al actor. Ello, en ese especial escenario, ubica a la sociedad y a sus representantes dentro del campo de la buena fe y torna improcedentes las sanciones por mora".*

De igual manera, valga traer a colación la sentencia SL3266-2022, en la que la Corte trayendo a colación la sentencia SL3901-2018, enseñó que:

*"Ahora, desde un punto de vista eminentemente jurídico y a título de doctrina, se impone agregar que la jurisprudencia ha resaltado que en los procesos penales de extinción de dominio en los que se decretan medidas cautelares a cargo de bienes presuntamente vinculados con la actividad ilícita y en favor de la Dirección Nacional de Estupefuentes, hoy Sociedad de Activos Especiales SAS, previo a la declaración judicial de la pérdida de la propiedad, no conlleva un cambio de la titularidad en ese bien, sino que otorga a esa entidad y a su depositario provisional la calidad de secuestre.*

*Por consiguiente, «[...] esa condición no la hace responsable de las obligaciones laborales a cargo de aquélla, en la medida en que el representante laboral no asume la condición de empleador, ni tampoco, desde luego, las responsabilidades que competen a quien representa» (sentencia CSJ SL3908-2018 con referencia en las CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 30653; CC C1025-2004 y CC C030-2006)".*

Descendiendo al sub examine, se tiene que en el certificado de Cámara de Comercio (Fols. 25 26 archivo No 01) se registró que "la Fiscalía General de la Nación, Fiscalía 35 Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, comunicó que en cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución de fecha 15 de febrero de 2017 decretó la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo, embargo y toma de posesión de bienes, haberes, negocios y patrimonio de la sociedad de la referencia"; igualmente, se constata que mediante Resolución No 661 del 29 de mayo de 2019 (Fol. 36 a 39 archivo No 04), la Sociedad de Activos Especiales SAE, nombró como depositario provisional a Omar Orlando Castillo Sánchez.

Bajo ese contexto, nótese que la demandada fue condenada a reconocer y pagar las cesantías del 01 de enero al 31 de diciembre de 2018, mismas que debían cancelarse hasta el 14 de febrero de 2019, fecha para la cual ya se había decretado la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo, embargo y toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la encartada, lo que conduce a indicar que la tesis de la demandada en su defensa es acertada, ya que al suspender el poder dispositivo del bien, no puede

exigírsele el cumplimiento cabal de las obligaciones laborales, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1708 de 2014, la medida cautelar se inscribe de manera inmediata al proferimiento de la resolución por la Fiscalía, y posterior a ello se nombra al depositario provisional o administrador, el cual como se dice en la sentencia referida "no asume la condición de empleador", y por esa razón, como quiera que la medida cautelar ordenada por la Fiscalía 35 Especializada de Extinción de Dominio fue registrada el 19 de febrero de 2018 (Fols. 14 archivo No 04), es decir, mucho antes de la obligación que tenía el empleador de consignar las cesantías (14 de febrero de 2019), no hay lugar a imputarle la sanción moratoria de que trata el artículo 90 de la Ley 50 de 1990.

Igualmente, frente a las acreencias laborales insolutas a la finalización del contrato de trabajo, corre la misma suerte de lo argumentado con anterioridad, dado que corresponden a diferencias salariales y prestaciones que se causaron algunas con posterioridad al 19 de febrero de 2018, y otras a la finalización del contrato (18 de enero de 2020), es decir, con posterioridad a la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo, embargo y toma de posesión de bienes, haberes, negocios y patrimonio de la sociedad demandada.

Ahora, establece el artículo 101 de la Ley 1708 de 2014 (Código de Extinción de Dominio), que *"En caso de venta de activos de que trata el artículo anterior, los recursos obtenidos por la venta deberán entregarse a dichas sociedades o unidades de explotación económica, para cancelar sus pasivos, gastos y en general para su operación"*, lo que en efecto acontece en el sub examine, pues la propia demandante al rendir interrogatorio manifestó que asistió a reuniones con la Sociedad de Activos Especiales y que era conocedora que la consecución de recursos en principio fue para poner al día el pago de la seguridad social de los trabajadores de la empresa, y en particular, en el caso de ella manifestó que *"si tenían prioridad pagarlas, en el caso mío me las pagaron, no a todo el personal"*. Nótese además que, la defensa de la entidad demandada no consistió en oponerse al reconocimiento y pago de lo debido, sino que alude a que se debe tener en cuenta el estado jurídico en el que se encuentra, producto de la medida cautelar ordenada por la Fiscalía, pero que aún así, intenta buscar recursos para cumplir con las obligaciones, actuación que se puede inferir del dicho de la actora, pues honraron su obligación al ponerse al día con el pago de la seguridad social, lo que de contera coloca a la entidad en el plano de la buena fe, y mal haría la judicatura en reprochar la conducta del administrador en punto a las obligaciones insolutas causadas con posterioridad a la medida cautelar, ya que el bien queda a cargo de la Sociedad de Activos Especiales, quien nombra al depositario provisional para que administre el bien, y conforme el trámite de extinción de dominio procede en ciertos casos a enajenar activos para cancelar pasivos, siguiendo el procedimiento que establece el Código de Extinción de Dominio, pero en modo alguno puede sostenerse que el depositario provisional tiene la potestad que tendría un empleador de una sociedad sin medida cautelar de disponer de los recursos para el pago de las obligaciones laborales insolutas.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón al sentenciador de primer grado al despachar de manera desfavorable las pretensiones indemnizatorias a cargo de la demandada, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador este revestida de mala fe, ya que sobre la entidad pesa una medida cautelar de suspensión del poder dispositivo, embargo y toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la enjuiciada, lo que limita a partir de esa calenda el cumplimiento de sus obligaciones laborales por parte del administrador o depositario provisional.

Con todo lo anterior, no se observa el yerro atribuido a la decisión que tomó el A quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar su decisoria.

**5. Costas.** En segunda instancia no se impondrá costas, ya que fue infructuosa la apelación propuesta. Las de primera instancia se confirman.

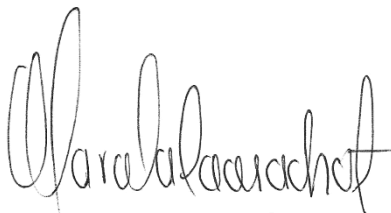
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de enero de 2023, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**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:** MARÍA CECILIA ROBAYO GAONA  
**Demandado:** FIRULETTE PARRILLA S.A.S.  
**Radicación:** 31-2022-00307-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- EXTREMOS

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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 Cecilia Robayo Gaona, instauró demanda ordinaria contra Firulette Parrilla S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 03 de noviembre de 2016 hasta el 6 de julio de 2020, el cual finalizó de manera injusta por parte del empleador. Como consecuencia, condenar al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no pago de las cesantías a un fondo, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, los aportes al sistema de seguridad social integral, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 3 de noviembre de 2016 ingresó a laborar a favor de la demandada en el cargo de oficios varios, a través de un contrato verbal; que percibía como asignación mensual la suma de \$1.100.000; que el contrato se extendió hasta el 22 de abril de 2020, fecha en la que se produjo la terminación unilateral del contrato por parte del empleador; que durante la vigencia de la relación laboral no se le pagó aportes al sistema general de seguridad social, ni tampoco se le reconoció las prestaciones sociales, limitándose la entidad a realizarle una liquidación definitiva en abril de 2020 por valor de \$2.000.000; que el 22 de abril de 2020, la demandada le terminó el contrato de trabajo sin tener en cuenta que la demandante se encontraba recuperándose de una incapacidad laboral; que el 21 de junio de 2020 presentó reclamación de los derechos laborales, pero no se le dio respuesta; que presentó reclamación ante la Defensoría del Pueblo en el año 2021, sin obtener resultado favorable por parte del empleador. (fls. 1 a 10 archivo No 03 y 1 a 7 archivo No 8).

**2. Contestación de FIRULETTE PARRILLA S.A.S:** Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptando la existencia de la relación laboral, pero precisando que no se corresponden a los extremos fijados en la demanda, sino que la demandante tuvo dos relaciones laborales, la primera del 01 de enero de 2013 al 25 de diciembre de 2016 y la segunda del 15 de diciembre de 2018 hasta el 25 de marzo de 2020; que a la demandante se le pagaron las acreencias laborales, tanto del primero vínculo laboral como del segundo vínculo contractual, por lo que, no tienen vocación de prosperidad las pretensiones aducidas en la demanda. Propuso como excepciones de fondo los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (fols. 1 a 7 archivo No 11 y 1 a 5 archivo No 14)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 31 de enero de 2023, en el que la falladora declaró que entre María Cecilia Robayo Gaona y Firulette Parrilla S.A.S., existieron dos contratos de trabajo, el primero del 15 de enero de 2013 al 25 de diciembre de 2016, y el segundo, del 15 de diciembre de 2018 al 25 de enero de 2020; condenó a la demandada a reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero: \$1.222.221 por concepto de cesantías, \$13.016.666 por sanción del artículo 1º de la Ley 50 de 1990 por no consignación de las cesantías del año 2018, \$61.111 por concepto de vacaciones, los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre lo adeudado por concepto de cesantías a partir del 25 de enero de 2020 hasta que se realice el pago de la obligación, los aportes a la seguridad social por los periodos del 15 de enero de 2013 hasta el 25 de diciembre de 2016, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente, y del 15 de diciembre de 2018 al 25 de enero de 2020 tomando como base la suma de \$1.100.000; finalmente, condenó en costas a la demandada. (Archivo No 19 y audiencia virtual, archivo No 17 y 18)

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en los artículos 22, 23 y 24 del CST, indicando que la activa pretende una sola relación laboral del 15 de enero de 2013 hasta el 06 de julio del 2020; sin embargo, de las pruebas obrantes en el proceso, y de la confesión realizada por la demandante, se extrajo la existencia de dos relaciones laborales, la primera desde el 15 de enero de 2013 al 25 de diciembre de 2016, y la segunda, del 15 de diciembre de 2018 al 25 de enero de 2020; que la demandante manifestó que lo que reclama son las prestaciones del 03 de noviembre de 2018 hasta el 25 de enero de 2020, además que no existe prueba de la prestación del servicio frente al periodo del 26 de diciembre de 2016 hasta el 02 de noviembre de 2018 para declarar una sola relación laboral.

Frente al pago de las acreencias laborales manifestó que en lo que respecta al periodo del 15 de enero de 2013 al 25 de diciembre de 2016, la demandante confesó su pago, pues dijo que no estaba reclamando ese periodo, sino desde el 2018 hacia adelante, y sobre ese punto, el representante legal de la demandada confesó que las cesantías no se le pagaron y al no existir documento que acredite la consignación de las mismas a un fondo, resulta procedente condenar a la demandada al pago de \$1.222.221 por concepto de cesantías causadas desde el 03 de noviembre de 2018 hasta el 25 de enero de 2020.

En lo que concita a la sanción por no pago de las cesantías a un fondo, hizo alusión a que las cesantías del año 2018, debían consignarse a más tardar el 14 de febrero del 2019, y como quiera que no se acreditó el pago, la sanción corre desde el 15 de febrero de 2019 hasta el 25 de enero de 2020, fecha de terminación del contrato de trabajo, arrojando un total de \$13.016.666. En cuanto a las cesantías del año 2019, indicó que debían pagarse al fondo hasta el 14 de febrero de 2020, pero como para esa calenda ya se había finalizado el contrato, debieron entregarse a la trabajadora directamente.

Continuó con la sanción moratoria del artículo 65 del CST, para lo cual motivó que la relación laboral finalizó el 25 de enero de 2020 y la demanda se presentó el 05 de julio de 2022, es decir, después de los 24 meses, por lo que, lo procedente es ordenar los intereses moratorios a la tasa más alta vigente hasta la fecha en que se realice el pago de la obligación, sobre el valor insoluto de las cesantías adeudadas por valor de \$1.222.221.

En lo tocante a las vacaciones dijo que aparece un comprobante de pago de vacaciones y sueldo del 20 de noviembre de 2019, donde se le pagó \$1.000.000, es decir, que solo se adeudan las vacaciones del último periodo que va desde el 15 de diciembre de 2019 al 25 de enero de 2020, que corresponde a \$61.111.

Igualmente, ordenó el pago de aportes a la seguridad por los periodos del 15 de enero de 2013 hasta el 25 de diciembre de 2016, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente, y del 15 de diciembre de 2018 al 25 de enero de 2020 tomando como base la suma de \$1.100.000, ya que no se demostró su pago por parte de la demandada. Finalmente, condenó en costas a la demandada.

**4. Impugnación y límites del ad quem.** El **demandante** presentó recurso de alzada manifestando que no se tuvo en cuenta la confesión realizada por el demandado, en la que reconoce la existencia de la relación laboral y el no pago de obligaciones; que a pesar de existir una liquidación por un primer término, no se desmiente que no haya sido la misma relación laboral, además no se contemplan los emolumentos ni el pago de todas las acreencias laborales que se estiban en la demanda, por lo que, no está de acuerdo con el fallo; que existe una indebida valoración probatoria ya que no se tuvo en cuenta la continuidad de la relación laboral ni el pago de acreencias, además que los elementos materiales de prueba aportados por el demandado carecen de una rigurosidad probatoria que permita conocer el pago que se pretende; que la ley es clara en señalar cuáles son las prestaciones laborales y cómo se deben calcular, lo mismo sobre las consecuencias jurídicas de la mora en el pago de las acreencias laborales; que así como hay derechos inciertos e indiscutibles hay derechos ciertos e irrenunciables y tanto la ley como la jurisprudencia han sido concordantes en proteger a la parte débil de la relación laboral.

**5. Alegatos de conclusión.** La parte actora alega en su favor, reafirmando los argumentos expuestos al momento de apelar la decisión de primera instancia y pide que se revoque parcialmente solamente en lo referente a la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

**2. Problemas jurídico:** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿La demandante logró demostrar el elemento de la prestación personal del servicio por el periodo del 26 de diciembre de 2016 hasta el 15 de noviembre de 2018, para declarar una sola relación laboral? En caso positivo ii) ¿La actora tiene o no derecho a la liquidación de las prestaciones sociales?

**3. Relación laboral, extremos- prestación personal del servicio.** Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté **plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada**, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

Para resolver sea lo primero señalar que conforme al postulado "onus probandi", "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), y a su vez, es pertinente reseñar los predicamentos de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 04 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARA, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto a la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente reliev, que **"además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal 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 de la terminación del vínculo, entre otros"** (Negrilla y subrayas de la Sala).

Ahora, consagra el artículo 61 del C.P.T y de la S.S que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y, por lo tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, a fin de llevar al juzgador la suficiente convicción para decidir con certeza sobre el objeto materia de litigio.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en un único período comprendido entre el 03 de noviembre de 2016 al 06 de julio de 2020. Afirmación frente a la cual la demandada se opuso manifestando que existieron dos relaciones laborales, la primera del 01 de enero de 2013 al 25 de diciembre de 2016 y la segunda del 15 de diciembre de 2018 hasta el 25 de marzo de 2020.

Al respecto, lo primero que viene a propósito colegir es que el escrito genitor no se corresponde con lo que se logró acreditar en el proceso, incluso con las manifestaciones realizadas por la parte actora en el interrogatorio, ya que se pide la declaratoria del contrato de trabajo desde el 03 de noviembre de 2016 y hasta el 06 de julio de 2020; no obstante, en el hecho 4.6 se manifiesta que la relación va hasta el 22 de abril de 2020. Asimismo, la actora en el interrogatorio de parte a la pregunta de ¿Hasta qué día realmente trabajó? Dijo que "hasta el 24 de enero del 2020", lo que conduce a inferir en un primer momento que la decisiva de la a quo frente al extremo final no tiene reproche, pues fue la



propia demandante quien confesó haber prestado sus servicios a la demandada solo hasta el 24 de enero de 2020.

Ahora, el punto central de la discusión se contrae a establecer si existió una sola relación laboral desde el 03 de noviembre de 2016 hasta el 24 de enero de 2020, ante lo cual se dirá que tampoco le asiste razón al recurrente, dado que la misma accionante en el interrogatorio de parte confesó que fueron dos las relaciones laborales que tuvo con la encartada, ya que, ante la pregunta *"¿Usted con anterioridad al periodo que indicó del 3 de noviembre del 2018 al 24 de enero de 2020, había trabajado con la compañía Firulette Parrilla?"* Contestando que *"si, del 13 al 16, hasta el 25 de diciembre, pero yo no estoy reclamando eso, doctora, yo estoy reclamando del 2018 para acá"*, tesis que dejan entrever sin asomo de duda que entre el 26 de diciembre de 2016 y el 02 de noviembre de 2018 no se prestaron servicios por parte de la actora y en favor de la demandada, como bien lo concluyó la juez de instancia. Y, si bien el apoderado judicial insiste en que se dio una sola relación laboral desde el 03 de noviembre de 2016 como lo indica en la demanda, no es acertada la manifestación que realiza en el recurso de apelación, en relación a que la pasiva no *"desmiente que no haya sido la misma relación laboral"*, pues le correspondía a la parte actora demostrar el primer elemento de la relación laboral, esto es, la efectiva prestación personal del servicio, para que de allí se active la presunción y corra a cargo del demandado desvirtuarla, lo que no acontece en el sub examine, dado que, frente al periodo reclamado esta huérfana de prueba la prestación del servicio.

De otro lado, de la prueba testimonial no se puede llegar a conclusión diferente, ya que la testigo Doris Helena Restrepo Maldonado manifestó ser sobrina de la demandante y además al preguntarle sobre la relación laboral dijo que ella también trabajó al servicio de la demandada, pero que se retiró en el año 2013, es decir, poco o nada aporta a lo querido por la pasiva, pues ninguna información dio respecto al año 2016 en adelante; lo mismo acontece con Pedro Antonio Palacio, quien dijo haber sido compañero de la demandante, pero solo dio cuenta de circunstancias de índole laboral desde finales del año 2018, cuando dijo *"10 de noviembre más o menos volví hasta marzo de 2020"*, por lo que, nada de sus dichos puede tenerse en cuenta en relación con el pedimento de la actora dirigido a obtener declaratoria de que su relación laboral tuvo como hito inicial el 03 de noviembre de 2016.

En lo que respecta a la prueba documental, se evidencia una liquidación de prestaciones sociales, donde se registra como fecha inicial el 01 de enero de 2013 y como fecha final el 25 de diciembre de 2016 (Fols. 6 archivo No 14), lo que, contrastado con la versión de la demandante en el interrogatorio, coincide totalmente, es decir, refuerza su confesión y de contera, reafirma el que entre las partes existieron dos relaciones laborales, la primera del 01 de enero de 2013 hasta el 25 de diciembre de 2016 y la segunda del 15 de diciembre de 2018 al 25 de enero de 2020, como bien lo sentenció la a quo. O dicho de otra manera, no se demostró por la parte activa la prestación del servicio entre el 26 de diciembre de 2016 y el 14 de diciembre de 2018, que lleve a concluir la existencia de una sola relación laboral, máxime cuando obra una carta de renuncia del 25 de diciembre de 2016 suscrita por la actora (Fol. 7 archivo No 14), por lo que, en gracia de discusión, de haberse acreditado la prestación del servicio con posterioridad, no daría lugar a declarar una sola relación laboral, sino dos, pues el primer vínculo habría finiquitado por renuncia de la trabajadora lo que conlleva a la liquidación final de prestaciones.

**4. Respecto a las condenas en concreto.** En la medida en que no podía predicarse la existencia de un solo contrato de trabajo, siendo procedente la declaratoria de dos contratos de trabajo, desde ya debe precisar la Sala que, pese a que se declararon dos nexos contractuales, corresponde solo evaluar las condenas que pudiesen causarse por el último de aquellos, cuya vigencia correspondió entre el 15 de diciembre de 2018 al 25

de enero de 2020, que atañe a la última vinculación laboral continua, según criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3570-2020, SL2345-2018 y SL3215-2018. En esta última decisión se indicó:

*"Sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, por lo menos el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes y que aparezca acreditado, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.*

*Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:*

*[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes. Es así como, en sentencia de la CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, en un proceso análogo seguido contra el mismo ISS, se puntualizó:*

*En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.*

*Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.*

*Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes (Resalta la Sala).*

*El anterior criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL14969-2017, rad. 52813; CSJ SL13444-2017, rad. 50565; y CSJ SL087-2018, rad. 51340."*

Descendiendo al sub examine, debe tenerse en cuenta que el a quo procedió a imponer condena solo respecto al último contrato cuya vigencia fue del 15 de diciembre de 2018 al 25 de enero de 2020, lo que se ajusta al precedente jurisprudencial antes vertido, y como quiera que el recurrente insistió en la alzada en la existencia de un solo vínculo laboral con las correspondientes condenas, no habiendo lugar a la prosperidad de tal suplica, se impone la confirmación de la sentencia en lo que refiere a este tópico.

**5. Respecto de las demás condenas impuestas.** Esgrime el apoderado judicial de la parte activa, que "Además no se contemplan los emolumentos ni el pago de todas las

acreencias laborales que se estiban en la demanda, por lo que, no está de acuerdo con el fallo”.

Al respecto basta con señalar, como ya lo ha decantado la Sala, que la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para destruir los fundamentos en los que el Juez de primera instancia basó las respectivas condenas. No obstante, en el sub-examine la parte activa se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad sin fundamentación alguna respecto a las demás condenas impuestas por la A quo, y en este sentir, nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

*"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada**". (Negrilla y Subrayas ex-texto)*

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a las demás condenas impuestas por la A quo, pues de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad, las cuales son consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre las partes del litigio, pues la simple afirmación escueta de que *"la ley es clara en señalar cuáles son las prestaciones laborales y cómo se deben calcular"*, no abre camino para el estudio por vía de apelación de cada una de las condenas impuestas, si las mismas deben corresponder a un mayor valor, sí faltó alguna por liquidar o si debe reexaminarse la condena frente a cada una, máxime cuando el recurso iba dirigido a la existencia de una sola relación laboral y el pago de acreencias durante el lapso pretendido.

Por lo expuesto se sigue confirmar en su integridad la decisión de primer grado, pues, como se vio en ningún dislate incurrió.

**6. Costas.** Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. 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

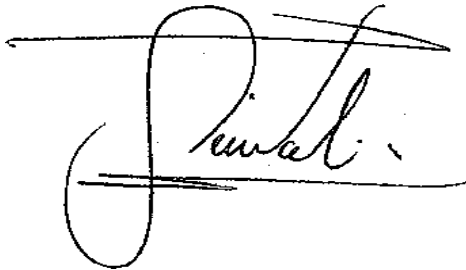
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de enero del 2023, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**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:** LAURA SULEIMA URREA TORRES  
**Demandada:** SOCIEDAD DE SERVICIOS INTEGRALES EN SALUD S.A.S.  
**Radicado No.:** 110013105-017-2019-00600-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** Laura Suleima Urrea Torres, instauró demanda ordinaria contra la Sociedad de Servicios Integrales en Salud S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de agosto de 2016, aún vigente. En consecuencia, se condenará a la encartada al pago de las cesantías, la indemnización moratoria por no pago de las cesantías a un fondo, los intereses a las cesantías, la indemnización por no pago de los intereses a las cesantías, la prima de servicios, vacaciones, los aportes al sistema general de seguridad social integral, y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que desde el 13 de agosto de 2016 viene laborando para la Sociedad de Servicios Integrales en Salud S.A.S., mediante un contrato de trabajo verbal, en el cargo de auxiliar de enfermería domiciliaria para los pacientes en la ciudad de Bogotá y municipios de Cundinamarca; que debía tener disponibilidad 27/7 para realizar las labores de auxiliar de enfermería, ya que era la encargada de realizar las curaciones, cambios de sonda, aplicación de medicamentos, toma de laboratorios y otras actividades; que recibía órdenes del personal administrativo de la demandada, así como debía asistir a reuniones de lo contrario la hacían llamados de atención; que fue obligada a realizar por su propia cuenta el pago de aportes, ya que de lo contrario le hacían la retención de los salarios; que el 01 de enero de 2018 le fue enviado un contrato de prestación de servicios por el término de un año, manifestándole que debían legalizar el contrato por escrito, pero desconocieron que ya contaba con un contrato verbal de trabajo; que para el 15 de febrero de 2019 le enviaron un nuevo contrato de prestación de servicios con vigencia desde el 01 de enero de 2019; que no recibió carta de terminación del primer contrato; que desempeñó sus labores de manera continua e ininterrumpida y de forma subordinada a favor de la demandada; que no fue afiliada al sistema de seguridad social; que no se le pagaron las acreencias laborales propias de los contratos de trabajo. (Pág. 1 a 16 archivo No 01 y Pág. 1 a 17 archivo No 04).

**2. Contestación de demanda.** Al contestar la demanda, la Sociedad de Servicios Integrales en Salud S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios,

razón por la que, no le asiste obligación de cancelar prestaciones sociales, aportes a seguridad social e indemnizaciones de índole laboral; que lo que existió entre las partes fue una relación de carácter civil y no laboral. Como excepciones de mérito rotulo las de ausencia de la relación laboral, prescripción, y buena fe. (Fols. 35 a 50).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 18 de agosto del 2022, en la que el fallador declaró que entre la señora Laura Suleima Urrea Torres y la Sociedad de Servicios Integrales en Salud S.A.S. – SERVINSALUD I.P.S., existe en aplicación del principio de la realidad un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de agosto de 2016, en consecuencia, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de \$5.962.857 por auxilio de cesantías, \$1.419.126 por intereses a las cesantías y sanción por no pago, \$5.913.024 por prima de servicios, \$2.956.512 por compensación de vacaciones, y \$41.465.430 por sanción por no consignación del auxilio de cesantías a un fondo; absolvió a la demandada de las demás pretensiones, y la condenó en costas.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume toda relación de forma personal que está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto se logró demostrar la prestación personal del servicio, con el cual operó la presunción legal, misma que no fue derruida por la entidad demandada, ya que las actividades desarrolladas por la demandante corresponden a actividades propias del objeto mercantil o social de la demandada, esto es, la prestación del servicio de enfermería domiciliaria; ahora, si bien se señaló que la actora prestó sus servicios a favor de otra IPS, lo cierto es que, no quedó demostrado ni tampoco se puede establecer el tiempo en concreto que pudo haber prestado sus servicios, además que en los extractos bancarios solo se relacionan pagos y abonos de la demandada; que la demandante debía estar en disponibilidad para atender los requerimientos que le hacía la entidad demandada, además que debía presentar informes periódicos; que la testigo Catherine Viviana Villanueva Pinzón informó que había una coordinación y que se entregaban los insumos por parte de la entidad; que aunque no cumplía un horario en estricto sentido, sí debía permanecer en disponibilidad para el momento en que fuese llamada o requerida por la IPS demandada. En ese orden, dio por acreditado el contrato de trabajo bajo la modalidad de indefinido desde el 13 de agosto de 2016, aún vigente, o por lo menos vigente hasta la presentación de la demanda, que lo fue el 4 de marzo de 2019.

Bajo el anterior panorama, abrió paso a las demás pretensiones, condenando a la entidad demandada al reconocimiento y pago de \$5.962.857 por auxilio de cesantías, \$1.419.126 por intereses a las cesantías y sanción por no pago, \$5.913.024 por prima de servicios, \$2.956.512 por compensación de vacaciones, y \$41.465.430 por sanción por no consignación del auxilio de cesantías a un fondo. (Fol. 1 a 2 archivo No 16 con audiencia virtual archivo No 17)

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación la parte demandada, arguyendo que le llama la atención el que no se hayan tenido en cuenta los alegatos de conclusión; que no le asiste razón al fallo en lo que concierne a la existencia de la relación laboral, las condenas impuestas por prestaciones sociales, los aspectos indemnizatorios y mucho menos la imposición

de costas; que frente a la relación laboral no se tuvo en cuenta la sentencia SL2171-2019, misma que fue relacionada en los alegatos de conclusión, y con la cual, se hubiere podido absolver a la encartada, ya que precisamente trata de la actividad de una persona en el campo de la salud y en la que no se concluyó la existencia de la relación laboral; que el a quo confundió IPS con EPS, ya que los que daban los medicamentos eran las EPS; que la demandante una vez aceptado el servicio, iba si lo quería por los medicamentos; que se desconoció por completo la declaración de Catherine Viviana Villanueva Pinzón; que la coordinación ejercida no implica la existencia de la relación laboral, pues en los contratos de prestación de servicios también puede realizarse, sin que genere subordinación; que es la misma ley que exige a las IPS hacer requerimientos al personal, sin que exista subordinación; que el a quo de manera general declaró la existencia del contrato por haberse prestado un servicio propio de la entidad de salud, sin analizar el tema de la subordinación; que la relación laboral no depende de lo que diga el objeto social, ya que de lo contrario ninguna actividad del objeto social se puede desarrollar a través de contrato de prestación de servicios; que la testigo hermana de la demandante manifestó que aquella en el año 2018 prestó sus servicios a A.M Salud, versión que coincide con lo dicho por la testigo Catherine, cuando manifestó que la demandante no aceptaba algunos servicios porque estaba prestando servicios para AM Salud; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba relativa a desvirtuar la presunción en su contra; que no hubo análisis de parte del despacho de las normas de seguridad social, como la Ley 1164 de 2007; que se demostró que no existió subordinación, que hubo independencia y autonomía; que el a quo aplicó de manera automática e inexorable la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, sin tener en cuenta que la entidad actuó en cumplimiento de exigencias legales propias del sistema de salud, como lo fue la Ley 1164 de 2007; que la entidad debía ejercer coordinación, pero ello no implica subordinación ni dependencia; que se obró de buena fe, en cumplimiento de los preceptos legales, sin que se haya evidenciado subordinación. En definitiva, solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a la demandada de todas las suplicas incoadas por el actor.

**5. Alegatos de conclusión.** La parte demandada alega en su favor los argumentos expuestos al momento de impugnar.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada 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.

**2. Problemas jurídico:** Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico** ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda?

**3. Relación laboral.** Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. 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 Laura Suleima Urrea Torres en favor de la Sociedad de Servicios Integrales en Salud S.A.S., en tanto que tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello; haciendo hincapié que el mencionado hecho se acredita, además, con los contratos de prestación de servicios (fols. 64 a 70 archivo No 01), control de pagos (fols. 183 a 199 archivo No 14), cuadro de turnos (Fol. 63 archivo No 01), y lo confesado en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación



y con derecho a remuneración salarial<sup>1</sup>; presunción legal *iuris tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde el demandado deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado “onus probandi”, “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*” (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de “*reus, in excipiendo, fit actor*”, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe<sup>2</sup>, darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste<sup>3</sup>, se trata de un razonamiento por inducción<sup>4</sup> creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia<sup>5</sup>, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un “*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*”

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

*(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ*

<sup>1</sup> T-694-2010

<sup>2</sup> Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

<sup>3</sup> Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

<sup>4</sup> C731-2005

<sup>5</sup> Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

*SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que la Sociedad de Servicios Integrales en Salud – SERVINSALUD S.A.S. no logró derribar la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues el testimonio recabado y de cargo de la parte demandada (Catherine Viviana Villanueva Pinzón), dio cuenta de que la actora debía prestar sus servicios a través de la asignación de usuarios o pacientes, a quienes les brindaba la atención domiciliaria, y para el cobro de tal servicio tenía que entregar unos soportes de atención al cliente y una planilla de asistencia firmada por el cuidador del paciente o del paciente y la firma de la actora, y a pesar de que hizo alusión a que ninguna consecuencia adversa se presentaba en el evento de que la demandante optara por no aceptar el servicio o que no hubo ningún llamado de atención, lo cierto es que, aquel testigo fungía como coordinadora o líder de servicios médicos y por ende, era quien organizaba la función que debía desplegar la actora al servicio de la entidad demandada, bien sea en lo referente a la asignación de los pacientes, el seguimiento a la prestación del servicio, y la verificación del servicio en contraste con las planillas presentadas por la actora, tesis que desdibujan en un todo la relación civil o de prestación de servicios autónoma.

En este punto, ciertamente lo manifestado por el recurrente de que en la relación civil o de prestación de servicios no se excluye que haya coordinación, control o vigilancia, es valedero; empero, tal coordinación, vigilancia o control no puede desbordar su finalidad, como lo ha adocinado la Corte *"al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo"* (CSJ SL2885-2019), lo que acontece en el sub examine, ya que tal asignación de pacientes y coordinación limitaron la autonomía y autodeterminación del tiempo de trabajo de la actora, máxime que en los mismos contratos de prestación de servicios se estipula que se supervisará el contrato en lo atinente a la *"vigilancia, control y seguimiento de las actividades contenidas en el objeto del contrato"* (Fol. 68 archivo No 01), es decir, desdibuja la autonomía con que debe operar el contratista, máxime si en cuenta se tiene el dicho de la testigo Catherine Viviana Villanueva Pinzón, quien como líder de servicios médicos indicó que *"nosotros éramos los que verificábamos mediante las llamadas telefónicas que yo le indique, que se cumpliera con las actividades que ella tomaba"*.

De igual manera, el hecho de que no se haya fijado un horario fijo, sino que lo sea por sistema de *"asignación de pacientes"* y por *"evento"*, y que tal atención al paciente era convenida por la actora, considera la Sala que ello por sí solo no desvirtúa la subordinación, pues la respuesta también se encuentra en jurisprudencia de antaño en la que se dice: *"aun cuando la fijación de horarios por el empleador es quizás uno de los hechos más característicos de la subordinación laboral, no cabe predicar, a contrario sensu, que cuando esa fijación no exista deba por fuerza, suponerse la autonomía en la prestación del servicio"*<sup>6</sup>, máxime que en el sub examine, una vez concretado el paciente o evento, no podía la actora delegar o dejar de prestar el servicio, ya que la delegación estaba prohibida en el clausulado del contrato al mencionar que *"no podrá ceder el presente contrato"* (Fol. 70 archivo No 01), y en todo caso, a través de la coordinación médica de la entidad demandada se hacía control de la prestación del servicio a través de llamadas telefónicas a fin de verificar que *"se cumpliera con las actividades que ella tomaba"*.

---

<sup>6</sup> Ibídem

De lo expuesto, en lo que refiere a la prueba testimonial traída por la parte pasiva, no es de la suficiente entidad, ni reviste de la solidez y contundencia para descartar la relación laboral subordinada, al contrario de sus dichos permite a la Sala encajar en varios de los indicios referidos en la jurisprudencia nacional acordes a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, a saber:

(...) *la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020)*: lo que aconteció con la función desplegada por Catherine Viviana Villanueva Pinzón como Líder de Servicios Médicos, pues era el quien Coordinaba la asignación de pacientes, y verificaba la prestación del servicio a través de llamadas, y aquí descendemos al otro indicio, consistente en *"cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019)"*, el que además de lo dicho, se configura con que no puede la Colegiatura aceptar una relación de tipo civil extendida desde el 13 de agosto del 2016, vigente por lo menos hasta la presentación de la demanda, 04 de marzo de 2019, es decir, por espacio de más de 3 años en una función "auxiliar de enfermería", que conforme el certificado de existencia y representación legal (Fols. 19 a 22 archivo No 01) constituye una actividad misional para el desarrollo de su objeto social, mismo que se concreta en *"prestar servicio de enfermería domiciliaria"*, y ello nos lleva a configurar el siguiente indicio, relativo al *"desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393)"*, ya que de ninguna manera puede aceptarse que el cargo de "auxiliar de enfermería" se considere ajeno a la estructura interna de cargos de la entidad, pues no tendría razón de ser el funcionamiento de una IPS cuyo objeto es la prestación de servicios de salud en particular "prestar servicio de enfermería domiciliaria" sin auxiliares de enfermería, dicho de otro modo, si el cargo desempeñado por la actora no constituye un cargo en la estructura empresarial, su prestación del servicio hubiera sido temporal y esporádica para una actividad determinada o para atender una actividad en concreto, lo que no acontece en el sub lite, ya que se presentó una continuidad en el despliegue de su fuerza de trabajo en favor de la encartada en procura de desarrollar de manera principal su objeto social. Incluso, en este punto el representante legal de la encartada manifestó que la actividad principal de Servinsalud es prestar servicios hospitalarios domiciliarios, función que no podría desarrollarse si no se cuenta con el profesional de la salud competente para tal fin, en particular, con la auxiliar de enfermería como sucede en el sub examine.

Igualmente, no puede pasar por alto la Judicatura que la prestación del servicio en el lapso que duró su vínculo laboral, se desarrolló en *"los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020)"* y con *"el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019)"*, circunstancia que fue corroborada por los testigos recabados, e incluso por el testigo de cargo de la enjuiciada, quien manifestó que *"Los insumos que se necesitaban para realizar la administración de los medicamentos para realizar curaciones, cambios de sonda, ella debía de hacer un pedido, el cual en algunas ocasiones se enviaba por correo certificado hasta la casa de ella o ella iba y los recogía en alguno de los proveedores que tenía contratado en ese momento Servinsalud"*, lo que connota que la actora debía en estricto sentido prestar sus servicios en el lugar donde fue asignado el paciente y con los insumos que aquella suministraba. Así también se encuentra estipulado en el contrato de prestación de servicios, cuando se dice que *"EL CONTRATISTA debe entregar el 1 día de cada mes una relación detallada de los insumos gastados con cada paciente y una lista de lo que se le debe suministrar para realizar la ejecución de las actividades. EL CONTRATANTE realizará la entrega de los insumos para la prestación de los servicios"* (Fol. 68 archivo No 01).

En ese mismo hilo conductor, en lo referente a la *exclusividad* (CSJ SL460-2021) o intuitu personae, en la sentencia SL3345-2021, que sirve de base para el caso sub examine, la Corte dice:

*"(v) los reemplazos que aludió el actor simplemente confirman la regla general, esto es, que era él quien debía prestar los servicios médicos de forma personal y sin posibilidad de delegarlos en otras personas, pues ello quedaba a la discreción de la empresa, lo que acredita el elemento intuitu personae del contrato de trabajo"*

Lo anterior, debido a que la actora debía prestar sus servicios de manera personal, sin posibilidad de delegarlo en otras personas, ya que tal prohibición se encontraba expresa en los contratos de prestación de servicios, al mencionar que *"EL CONTRATISTA se compromete a la prestación de servicios profesionales de forma personal"* (...) y *"el contratista no podrá ceder el presente contrato"* (Fol. 67 y 70 archivo No 01).

Estos indicios plurales, concordantes y convergentes, valorados en conjunto, conducen a la certeza de la existencia del hecho desconocido que se pretende establecer, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes en litis, por ende, al ser los indicios medios probatorios conforme a lo estipulado en el art. 165 del CGP y al encontrarse acreditados los requisitos del art. 260 del mismo estatuto, no queda otro camino que declarar su existencia, advirtiendo que si bien la defensa de la entidad empleadora estuvo encaminada a demostrar que la actora fungió como contratista autónoma e independiente, considera la Sala que conforme a la Jurisprudencia sobre este tópico, lejos está la actora de ser considerado como tal, no solo por lo dicho en precedencia, sino también porque *"la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación"*, lo que se itera, ni de asomo se configura tal calidad en la actora, muy a pesar de que en el plano formal el contrato de prestación de servicios en su clausulado haga referencia a *"la prestación del servicio de forma personal, autónoma e independiente"* (Fol. 67 archivo No 01).

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas 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 pasiva.

Ahora, en lo relativo a que no se tuvo en cuenta la sentencia SL2171-2019, cumple precisar que no se trata de un caso de similares contornos, pues en aquel se logró desvirtuar la subordinación en tanto que el profesional de la salud actuó de manera autónoma e independiente, situación que no se acompasa con el caso puesto a consideración de esta Sala, además, todo lo expuesto anteriormente va en la misma dirección que establece la referida sentencia, y en todo caso, tal como se expresa en la providencia *"corresponde al juez verificar las particularidades fácticas del litigio, con el propósito de establecer los elementos que desvirtúan la subordinación"*.

De igual manera, en lo referido a que no se tuvo en cuenta la diferencia entre EPS e IPS, acota la Sala que ello en nada desdibuja la configuración de la existencia del contrato de trabajo, ya que en el presente asunto se debe tener como empleador a la IPS demandada, por estructurarse los elementos del contrato de trabajo, con

independencia de la relación contractual que tenga con la EPS en relación con el suministro de medicamentos u otros aspectos ajenos a la controversia.

En lo tocante a que la testigo hermana de la demandante manifestó que aquella en el año 2018 prestó sus servicios a A.M Salud, versión que coincide con lo dicho por la testigo Catherine, debe decirse que ello no desvirtúa la subordinación, ya que de las pruebas documentales allegadas como los extractos bancarios (Fol. 24 a 43 archivo No 01) no existe ningún abono de tal entidad, y en todo caso, ninguna de las testificales adujo hitos temporales con tal entidad, lo que en últimas no desvanece la conclusión solida a la que se llegó, esto es la existencia de la relación subordinada desde el 13 de agosto de 2016 y en adelante, lo que también se encuentra soportado en las diferentes planillas, turnos y contratos de prestación de servicios, que le dan sustento a los extremos temporales definidos por el a quo.

Finalmente, en lo relativo a que no se tuvieron en cuenta las normas del sistema de salud, acota la Sala que los elementos estructurantes del contrato de trabajo se determinan en cada caso particular dependiendo de las probaturas que se alleguen al mismo, es decir, de ninguna manera la Ley 1164 de 2007 que reglamenta las normas que rigen el servicio social obligatorio para los profesionales de la salud, descartan la existencia de relaciones laborales en ese ámbito, o que de allí se desprende que deba contratarse a los profesionales de la salud a través de contratos de prestación de servicios, por el contrario, si nos atenemos a lo adocinado por la Corte Constitucional en sentencia T388/2020, en los casos de los auxiliares de enfermería, dice que *"es evidente que, dada la naturaleza de las funciones de auxiliar de enfermería, se puede deducir que esta función no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que "quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios". Además, la actividad que se desarrolla por un auxiliar de enfermería no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud. En palabras del Consejo de Estado, lo expuesto "no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir"*.

Concluyéndose 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, administrativa, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan los supuestos contratos de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en el lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación no erró el Juez de primer grado al concluir que existió una relación laboral entre las partes y en tal sentido, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida.

**4. Sanción por no consignación de las cesantías.** Respecto a esta pretensión cumple recordar que 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 retardo.

En relación con esta indemnización, 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, la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, 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.

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 daban cuenta, sin mayores discusiones, que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma de vinculación, 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 actora 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 autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se confirmará su condena.

**5. Respetto de las demás condenas impuestas.** Esgrime el apoderado judicial de la parte pasiva, que *"no le asiste razón al fallo en lo que concierne a la existencia de la relación laboral, las condenas impuestas por prestaciones sociales, los aspectos indemnizatorios y mucho menos la imposición de costas"*.

Al respecto basta con señalar, que como ya lo ha decantado la Sala, la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para destruir los fundamentos en los que el Juez de primera instancia basó las respectivas condenas. No obstante, en el sub-examine la parte activa se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad sin fundamentación alguna respecto a las demás condenas impuestas por el A quo, y en este sentir, nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

*"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada**". (Negrilla y Subrayas ex-texto)*

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a las demás condenas impuestas por el A quo, pues *de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas, las cuales son consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre las partes del litigio, pues la simple afirmación escueta de que "no le asiste razón al fallo en lo que concierne a (...) las condenas impuestas por prestaciones sociales, los aspectos indemnizatorios y mucho menos la imposición de costas"*, no abre camino para el estudio por vía de apelación de cada una de las condenas impuestas, si las mismas deben corresponder a un menor valor, sí alguna no debe prosperar o si debe reexaminarse la condena frente a cada una, aspectos que no fueron expuestos con precisión por el recurrente, razón por la

cual, mal haría la sala en estudiar las condenas impuestas o modificar o revocar algunas que no fueron objeto de apelación de manera concreta, máxime si el recurso iba dirigido sustancialmente a desvirtuar la subordinación y por ende a la absolución de todas las pretensiones.

Por lo expuesto se sigue confirmar en su integridad la decisión de primer grado, pues, como se vio en ningún dislate incurrió.

**6. Costas.** En esta instancia costas a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de agosto del 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás vertidas.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **SERVINSALUD IPS**. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**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 ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **LAURA SULEIMA URREA TORRES** y a cargo de la demandada **SERVINSALUD IPS** en la suma de \$1.160.000.



**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:** **ROGER ARMANDO PLATA GONZÁLEZ**  
**DEMANDADO:** **PROTECCIÓN S.A. y OTROS.**  
**RADICACIÓN:** **110013105-015-2021-00391-01**  
**ASUNTO:** **APELACIÓN**  
**TEMA:** **PENSIÓN DE INVALIDEZ - ENFERMEDAD  
DEGENERATIVA**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** El señor Roger Armando Plata González a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare y reconozca la pensión de invalidez, las mesadas causadas desde el 26 de enero de 2009, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 9 de abril de 1988; que laboró para la empresa Importadora Latina de Repuestos S.A. desde el 24 de julio de 2008 en el cargo de auxiliar de bodega; que el empleador lo afilió a Protección S.A.; que el 26 de enero de 2009 fue atendido en consulta externa por presentar una alteración importante en su movilidad; que fue calificado en agosto de 2009 por Seguros de Vida Suramericana S.A. con un 67.55% de PCL, de origen común y con fecha de estructuración del 26 de enero de 2009, es decir, del día en que acudió a la atención médica; que el 15 de septiembre de 2009 Protección S.A. negó el reconocimiento pensional al no contar con la densidad mínima de semanas, pues solo contaba con 23.57 semanas en los últimos tres años antes de la fecha de estructuración; que Protección S.A. no tuvo en cuenta las semanas cotizadas del 24 de julio y el 01 de septiembre de 2008; que ante la negativa pensional, le fue reconocido por Protección S.A. la suma de \$1.620.162 por concepto de devolución de saldos; que el 17 de diciembre de 2009 al desatar el recurso de apelación, la AFP Protección S.A. confirmó la negativa pensional; que el 05 de agosto de 2021 al resolver un derecho de petición la AFP Protección S.A. negó la pensión de invalidez en razón a que ya había realizado la devolución de saldos. (Fols. 1 a 18 archivo No 14).

**2. Contestaciones.**

**2.1 Protección S.A.:** Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que desde el 31 de julio de 2008 hasta el 26 de enero de 2009, no acredita el mínimo de semanas requeridas para causar la pensión de invalidez, además que el retardo en el trámite de la vinculación del

trabajador no puede ser imputable a la AFP, sino al empleador que no gestionó en debida forma la afiliación del demandante. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 18 archivo No 29)

**2.2 Seguros Generales Suramericana S.A.:** Se opone a la prosperidad de las pretensiones con sustento en que la aseguradora no es la compañía que expidió el seguro previsional tomado por la AFP Protección S.A., además no cuenta con autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para explotar el ramo de seguros previsionales. Como excepciones de fondo propuso la de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción de los eventuales derechos o acciones en cabeza del demandante, y la genérica. (Fols. 1 a 10 archivo No 20)

**2.3 Importadora Latina de Repuestos S.A.:** Presentó oposición a las pretensiones al considerar que tal entidad no es la llamada a responder por el reconocimiento pensional que pretende el demandante, además que tal entidad en calidad de empleadora dio cabal cumplimiento al pago de todas las obligaciones contractuales, entre estas, el pago de los aportes a seguridad social, tal como se demuestra con la planilla de aportes, donde se hizo el pago de los 7 días del periodo comprendido entre el 24 al 30 de julio de 2008, y en adelante hasta la finalización de la relación laboral. Como excepciones de mérito delineó las de inexistencia de la obligación a cargo de la demandada de pagar la pensión de invalidez, carencia del derecho respecto a la demandada, cobro de lo no debido, pago, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y la genérica. (Fol. 1 a 16 archivo No 42)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 21 de febrero de 2023, mediante la cual el Juzgado de origen condenó a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del 26 de enero de 2009 en cuantía de UN SMLMV, bajo 13 mesadas anuales, y efectiva a partir del 10 de agosto de 2018, conforme a la excepción de prescripción; ordenó la indexación del retroactivo que se genere desde el 10 de agosto de 2018 hasta el pago efectivo, desde la causación de cada mesada pensional; autorizó a Protección S.A. a descontar del retroactivo lo reconocido por valor de \$1.620.162 como devolución de saldos, suma que deberá ser indexada desde el 11 de septiembre del 2012 y hasta el momento en que se vaya a pagar la prestación al demandante; absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas a Protección S.A. y en favor del demandante, así como a este último y en favor de Seguros Generales Suramericana S.A. (fls. 1 a 5 archivo No 52 y audiencia virtual archivo No 51).

Partió el a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si le asiste derecho a la pensión de invalidez.

Consideró que no era objeto de disenso el que el actor fue calificado con una PCL del 67.55% con fecha de estructuración del 26 de enero de 2009, y que la normatividad aplicable lo era el artículo 69 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los artículos 38 a 41 del mismo cuerpo normativo, según el cual, le asiste derecho a la pensión de invalidez a quien haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, y que en tratándose de menores de 20 años de edad, se deben acreditar 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Bajo el anterior panorama, en línea de principio consideró que al haber nacido el actor el 9 de abril de 1988, los 20 años los cumplió el 09 de abril de 2008, es decir, que para la fecha de declaratoria de la invalidez (26 de enero de 2009), tenía más de 20 años, razón por la cual, no le sería exigible 26 semanas sino 50 semanas dentro de los últimos tres años; sin embargo, trajo a colación la sentencia C-020 del 2015 y la T-839 del 2010, T-506 del 2012, T-819 del 2013, T-443 del 2014, T-580 del 2014, T-113 del 2021 y la T-113 del 2021, conforme la cual, la exigencia de las 26 semanas no se restringe hasta los 20 años, sino hasta los 26 años.

Así las cosas, en el caso concreto, como a la fecha de estructuración de la invalidez (26 de enero de 2009), el actor tenía 21 años de edad, debía cumplir 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la invalidez, las cuales acredita, ya que cuenta con 26.14 semanas. Indicando que se tuvo en cuenta los 7 días de julio de 2008, por cuanto fueron pagados por el empleador.

Igualmente, consideró que en el caso particular se podía realizar el estudio de la prestación con base en la tesis referida a la fecha de estructuración cuando se está frente a enfermedades degenerativas, como lo es la padecida por el demandante, razón por la cual, la fecha de estructuración no lo sería el 26 de enero de 2009, sino el 24 de enero de 2010, fecha en la que se produjo su desvinculación laboral, además de que hasta esa fecha logró tener una actividad remunerativa a pesar de su estado de salud. Así las cosas, concluyó que, para el 24 de enero de 2010 cumplía con suficiencia las 26 semanas.

Ello así, ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 26 de enero de 2009, pero como se propuso la prescripción, manifestó que la misma solo se interrumpe por una sola vez, y como en el caso concreto se hicieron unas peticiones para el año 2009, quedó allí agotada la reclamación, sin que se pueda tener en cuenta la reclamación realizada en el año 2021, por lo que, la prescripción la contó tres años hacia atrás desde la presentación de la demanda, esto es, 10 de agosto de 2021, estando prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 10 de agosto del 2018.

No accedió a los intereses moratorios, con fundamento en que el reconocimiento se hizo en virtud de la interpretación jurisprudencial, y para el momento de la negativa pensional la entidad de seguridad social lo hizo con apego exegético y gramatical de la norma, por lo que, ante la improsperidad de tal pretensión, ordenó la indexación.

Autorizó a la AFP Protección S.A. que realice el descuento de lo reconocido por devolución de saldos, por valor de \$1.620.762, debidamente indexado desde el 11 de septiembre de 2012.

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por las siguientes partes procesales:

**4.1 Demandante.** Presenta recurso parcial en contra de la decisión de instancia en lo que respecta a los intereses moratorios, dado que en el año 2019 o 2021 se solicitó la pensión con base en que se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema y Corte Constitucional; que por la negativa pensión ha tenido que recurrir a la ayuda de familiares; que se encuentran reunido el requisito para acceder a los intereses moratorios al menos desde el año 2019 hacia adelante.

**4.2 Protección S.A.:** Manifestó que no está de acuerdo con el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que el estudio de la prestación se efectuó validando los requisitos conforme a la normatividad vigente en el momento en que ocurrió la fecha de estructuración, encontrando que el demandante no cumplía con los requisitos exigidos; que la AFP se ciñó a lo establecido en la norma, por lo que, no se podía en ese momento dar aplicación a la línea de la Corte Constitucional, es decir, actuó bajo el imperio de la ley; que las sentencias T-113 de 2021 y C- 020 de 2015, fueron expedidas con posterioridad a la pérdida de capacidad laboral, además que estas sentencias tienen efectos hacia el futuro y no retroactivos; que las sentencias se expidieron con posterioridad a la pérdida de capacidad laboral del demandante; que debe tenerse en cuenta que el demandante no presentó reparo en la fecha de estructuración del dictamen; que en caso de revocar la decisión se absuelva de las costas.

**4.3 Importadora Latina de Repuestos S.A.:** Indicó que debe proceder la condena en costas a su favor y a cargo de Protección S.A., ya que hizo que la entidad fuera vinculada como litisconsorte cuando no debió haber sido llamada al proceso, ya que cumplió con las cargas que le correspondía frente al trabajador, además que debió incurrir en nombramiento de un apoderado para defenderse en el proceso.

**5. Alegatos de conclusión.** Los impugnantes presentaron alegatos de conclusión, argumentando aspectos referidos al momento de interponer el recurso de alzada.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por las partes 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.

**2. Problema jurídico.** Los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar: (i) ¿Hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 1º del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y con aplicación de la sentencia C-020 de 2015? En caso positivo (ii) ¿Le asiste derecho al actor al reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993? Y (iii) ¿Hay lugar a que se condene en costas a Protección S.A. en favor de la demandada Importadora Latina de Repuestos S.A.?

**3. Pensión de invalidez – Joven menor de 26 años.** Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral No 1.013.596.402 datado el 26 de agosto de 2009, le asignó una PCL del 67.55 %, con fecha de estructuración del 26 de enero de 2009 (Fols. 23 a 28 archivo No 07); (ii) Que laboró para la importadora Latina de Repuestos S.A. desde el 24 de julio de 2008 hasta el 24 de enero de 2010 (Fols. 52 archivo No 42); (iii) Que solicitó la pensión de invalidez el 28 de julio de 2009, y le fue negada por Protección S.A. el 15 de septiembre de 2009, con sustento en que, *"Usted cuenta con 53.14 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, (...), no obstante, en los últimos tres años usted cotizó al sistema 23.57 semanas, por lo que no cumple el requisito exigido por el artículo antes mencionado"* (fols. 24 a 25 archivo No 29).

Lo primero que viene a propósito colegir, es que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, establece que tendrán derecho a la pensión de invalidez quienes hayan cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, y en el parágrafo 1° establece que *"Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria"*.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-020 del 21 de enero de 2015, resolvió declarar exequible el parágrafo 1° de la Ley 860 de 2003, en el entendido *"de que se aplique, en cuanto sea más favorable, a toda la población joven conforme a los fundamentos jurídicos 60 y 61 de la parte motiva de la sentencia"*, fundamentos que en últimas establece que:

*"para remediar el déficit de protección, la Corte declarará exequible la norma acusada, con la condición de que se extienda lo allí previsto en materia de pensiones de invalidez hacia toda la población joven, definida esta última razonablemente conforme lo señalado en esta sentencia, y en la medida en que resulte más favorable al afiliado. En los casos concretos, sin embargo, mientras la jurisprudencia constitucional no evolucione a la luz del principio de progresividad, la regla especial prevista en el parágrafo 1° del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 debe extenderse favorablemente, conforme lo ha señalado hasta el momento la jurisprudencia consistente de las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional; es decir, **se debe aplicar a la población que tenga hasta 26 años de edad, inclusive**".*  
(Negrilla fuera del texto)

Ahora, el punto central de disenso propuesto por la AFP Protección S.A. tiene que ver con que el a quo no podía darle efectos retroactivos a lo decidido en la sentencia C-020 del 21 de enero de 2015, ya que tal decisión solo aplica hacia futuro, y en el caso concreto, la calificación y estructuración de la invalidez aconteció con anterioridad a la emisión de tal decisión judicial.

Para resolver de tajo la censura del recurrente, la Judicatura trae a colación las sentencias SL744-2023, SL2766-2021, SL4603-2021, SL4799-2020, y SL3703-2020, en la que se definió un problema jurídico de similares contornos, pues son casos en la que, tanto la fecha de estructuración y/o estado de invalidez aconteció con anterioridad al 21 de enero de 2015, y en la que, además, sus edades oscilaban entre más de los 20 y hasta los 26 años de edad.

En aquella oportunidad, de manera disiente, la Corte Suprema de Justicia, adoctrina lo siguiente:

*"Conforme lo afirma la censura, el artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, dispone: «Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario». De ahí que, los efectos temporales de las decisiones de constitucionalidad proferidas se presumen ex nunc o hacia el futuro, a menos que, como se dijo, dentro del fallo mismo se advierta expresamente que serán ex tunc o con implicaciones retroactivas. La propia Corte Constitucional en providencia CC T772- 2011, aclaró lo pertinente, en criterio sentado con anterioridad en los fallos CC C444-2011 y CC C748-2009, cuando señaló:*

*6.4 En estas condiciones, por regla general las decisiones adoptadas por esta Corporación tienen efectos hacia el futuro, lo que de por sí no excluye la*

*posibilidad de que los efectos de la inexecutable de una norma puedan ser definidos en otro sentido por la propia Corte, dependiendo de la ponderación en un caso concreto, del alcance de los principios encontrados: la supremacía de la Constitución que aconseja atribuir efectos ex tunc, es decir, retroactivos y el respeto a la seguridad jurídica, que por el contrario, indica conferirles efectos ex nunc, esto es, únicamente hacia el futuro. En aplicación de esta metodología, la Corte Constitucional ha modulado en el tiempo el alcance de sus decisiones, ya sea con efectos retroactivos, prospectivos, o simplemente guardando silencio para acudir a la regla general dispuesta en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, con independencia de si el control se ejerció durante un estado de excepción o si corresponde al control ordinario de constitucionalidad.*

*6.5 Debe precisar la Sala que cuando se guarda silencio respecto de la modulación de los efectos temporales de una decisión de inexecutable, en aplicación de la regla general dispuesta en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, se entiende que los efectos de tal declaratoria se aplican hacia el futuro, esto es, el contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico no se aplica a los asuntos que deban definirse en adelante por los operadores jurídicos a pesar de haber regulado situaciones durante su vigencia, lo que no descarta prima facie que si la irregularidad o vicio que acompañó la norma desde su nacimiento a la vida jurídica es protuberante, vale decir, es notoria su incompatibilidad con la Carta Política hubiera podido inaplicarse durante el lapso de su vigencia (art. 4 C.P.).*

*A su turno, esta corporación se ha pronunciado en el mismo sentido en multiplicidad de decisiones, entre ellas, en las providencias CSJ AL7855-2016, CSJ SL20904-2017, CSJ AL1933-2017, CSJ SL3198-2017 y CSJ SL4440-2017, y en la última de las mencionadas, respecto de los efectos de las sentencias de constitucionalidad, puntualizó:*

*Es que cuando en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional constata una incompatibilidad entre la disposición demandada y el texto de la Carta Política, la declaratoria de inexecutable por regla general tiene efectos hacia futuro o ex nunc –desde entonces-, lo cual halla su razón de ser en la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica y la buena fe, pues hasta el momento en que una norma es expulsada del orden jurídico, gozaba de presunción de constitucionalidad y por ello es legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella.*

*Por este motivo, el legislador acogió la fórmula según la cual, por regla general, las sentencias emitidas en sede de constitucionalidad surten efectos a futuro, salvo que la Corte Constitucional, en determinadas circunstancias, encuentre que la manera más eficaz de asegurar la supremacía e integridad de la Carta Política es modular los efectos temporales del fallo, lo cual acá no aconteció.*

*Así las cosas, siendo los efectos de esa clase de decisiones hacia el futuro, frente a una sentencia de inexecutable, por regla general, no es dable que el juez ordinario de trabajo aplique la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4 de la CP, «cuando ya la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inexecutable de una disposición, pues sería darle efectos retroactivos a la decisión tomada por dicha Corporación, cuando ésta no los previó» (CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 35119). Además, en relación con una sentencia de executable que se sujeta a una condición, en principio, la norma objeto de examen debe aplicarse bajo la exégesis condicionada que contiene la decisión de la Corte Constitucional.*

*En la citada sentencia CC C020-2015, la corporación de control constitucional no resolvió fijar efectos temporales diferentes a su decisión, sino que se concretó a modular el único entendimiento bajo el cual la norma es exequible, es decir, no la sustrajo del ordenamiento jurídico, sino que delimitó el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla, en el sentido ya referido de que «debe aplicar a la población que tenga hasta 26 años de edad, inclusive» (subraya la Sala), a efectos de proteger los derechos y garantías de igualdad de toda la población joven.*

*Lo anterior significa que, conforme a esta decisión de constitucionalidad, toda persona joven menor de 26 años de edad, que cuente como mínimo con 26 semanas de cotización en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su estado de invalidez o su declaratoria, puede acceder a la pensión consagrada en la citada Ley 860 de 2003, requisito que cumple la accionante, dado que para el año 2015 cuando se profirió la decisión de constitucionalidad contaba con ambas exigencias, pues por haber nacido el 27 de junio de 1989 (f.º86) era menor de 26 años y además contaba con una densidad de cotizaciones en el año que antecede a la estructuración de la invalidez de 34,19 semanas.*

*De ahí que el juzgador de segundo grado, para resolver sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez, aplicó la norma que regulaba el asunto, teniendo en cuenta la fecha de estructuración que lo fue el 25 de noviembre de 2009, impartándole al parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 la misma interpretación del máximo órgano de control constitucional, sin que ello implique que le está dando efectos retroactivos a tal decisión de exequibilidad, sino que acogiendo iguales o similares argumentos, el Tribunal arribó a la conclusión de que, para efectos de la aplicación de dicho parágrafo, la población joven debe entenderse comprendida hasta la edad de 26 años, con lo cual la resolución del caso lo fue de conformidad con la ley que regula la situación pensional de la accionante, ello en acatamiento del artículo 230 de la CP y no exclusivamente con un criterio auxiliar como sería la jurisprudencia, como lo quiere dar a entender la entidad recurrente.*

*En dicho sentido, cabe advertir que a la Sala no le merece reproche el hecho de que el Tribunal, al dictar su sentencia, tuviera en cuenta una decisión derivada del control de constitucionalidad que determina el contenido y el alcance de una normativa, con fuerza vinculante especial y obligatoria, sin que, como se explicó, implique imprimirle efectos retroactivos a la sentencia de exequibilidad condicionada, pues lo cierto es que, desde la misma promulgación del parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, debió concebirse de conformidad con los mismos parámetros fijados posteriormente por la Corte Constitucional, además de que el juez de trabajo y de la seguridad social debe asumir un enfoque multidimensional al interpretar la ley, a fin de armonizarla en el contexto general del ordenamiento jurídico, alejándose de su aplicación mecánica, tal como lo adocrinó la Sala en decisión CSJ SL17484-2014, reiterada en la CSJ SL10783-2017, al pronunciarse sobre el requisito de fidelidad previsto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y su consecuente sentencia de inexequibilidad (CC C556 de 2009), así:*

*Pues bien, frente al tema objeto de discusión, conviene la Sala precisar que el requisito de la fidelidad al sistema, que consagró la L. 797/2003, art. 12, impuso una evidente condición regresiva, en comparación con las exigencias contenidas en la normativa que le precedía, esto es, la L. 100/1993, art. 46. Así las cosas, acertó el Tribunal al inaplicar el referido requisito, con lo cual, se entiende, que en su providencia acogió el principio de progresividad.*

*Lo anterior, no obedece como lo sugiere el ente recurrente, a darle efectos retroactivos a la decisión de inexequibilidad contenida en la sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009, sino a la manifiesta contradicción de esa exigencia con el citado principio constitucional.*

(...)

*Consecuente con todo lo anterior, tal como lo asintió el ad quem, a la promotora del proceso, por ser una persona joven, le resulta aplicable lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a las semanas de cotización, en el mismo entendido dado por la Corte Constitucional en la decisión CC C020-2015, pues, como ya se dijo, acredita 34,19 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se estructuró la invalidez, lo que la hace beneficiaria de la pensión solicitada. En este mismo sentido se pronunció esta Sala en decisión CSJ SL3703-2020 rad. 82384”.*

En ese orden, haciendo propios los anteriores basamentos, en el sub examine no fue objeto de disenso por el recurrente que el actor cotizó a PROTECCIÓN S.A. desde el 24 de julio de 2008 y que la fecha de estructuración de la invalidez lo fue el 26 de enero de 2009 (Fols. 23 a 28 archivo No 07), lo que conlleva a establecer que tenía cotizadas 26.14 semanas en el último año inmediatamente anterior a la invalidez. Aquí debe hacerse la precisión de que, si bien en el transcurso del proceso se debatió respecto de las cotizaciones del 24 al 31 de julio de 2008, en la medida en que según Protección S.A. se había afiliado al actor el 31 de julio de ese año, lo cierto es que, se allegaron por el empleador las planillas de pago de aportes a pensión, en las cuales se evidencia el pago del periodo de julio de 2008, con 7 días cotizados, probatura que no controvertió Protección S.A., y que a la postre, reflejan el cumplimiento de la obligación por parte del empleador, y que en todo caso, son circunstancias que no pueden perjudicar al afiliado, además, se itera, nada se dijo en la alzada al respecto, lo que conduce necesariamente a tener en cuenta como semanas efectivamente cotizadas las que corren del 24 de julio de 2008 hasta el 26 de enero de 2009.

De otro lado, conforme la cedula de ciudadanía visible a folio 1 del archivo No 07, se da cuenta que el actor nació el 09 de abril de 1988, y para la fecha de la declaratoria de su estado de invalidez (26 de enero de 2009) contaba con 20 años, 9 meses, y 17 días, es decir, está dentro de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C020 de 2015, incluso, para mejor proveer, si dejáramos de lado lo decantado en la sentencia C020 de 2015, ha de tenerse en cuenta que la Corte Constitucional (T839-2010) desde antes de la referida sentencia venía considerando que para efectos de la pensión de invalidez de las personas jóvenes, no se aplica de manera exegética el requisito de los 20 años de que trata el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003, en los siguientes términos:

*"Vistos los argumentos anteriores, la Sala considera procedente inaplicar en el presente caso, el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003 en cuanto a la edad requerida de 20 años, con el fin de materializar la protección real y efectiva del derecho a la seguridad social del accionante contenido en el artículo 48 superior, quien se encuentra en estado de debilidad física y mental.*

*Por lo anterior, esta Corporación reiterará la sentencia T-777 de 2009 y dará eficacia directa a la Constitución en lo concerniente a los artículos 1° (Estado Social de derecho), 2° (finés esenciales del Estado), 13 (igualdad), 45 (derechos de los jóvenes y adolescentes), 48 (derecho a la seguridad social) y 53 (derecho al mínimo vital), y dadas las circunstancias especiales del presente caso, interpretará el artículo 1°, parágrafo 1°, de la Ley 860 de 2003 de manera amplia y favorable, comprendiendo*



*dentro de los beneficiarios de la citada norma al joven Argemiro Sinisterra Reyes, lo que en principio le hace merecedora de la pensión de invalidez”.*

Así entonces, no sale adelante el recurso de apelación propuesto por Protección S.A., dado que el juzgador de instancia no le dio efectos retroactivos a la sentencia C020 de 2015, sino que siguió la línea jurisprudencial que al respecto ha venido sosteniendo tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto, esto es, delimitar que la pensión de invalidez de que trata el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003, debe extenderse para los afiliados quienes oscilen entre los 20 y 26 años de edad, ya que ello permite *"beneficiar a la población joven, en principio, que se encuentren dentro del rango descrito por que así está contemplado por los organismos internacionales y en esa forma lo ha entendido el Legislador colombiano. En este sentido, concedió la pensión especial de invalidez para las personas jóvenes no sólo para aquellos menores de 20 años, sino la extendió a la población menor de 26"*(T839-2010), de esta manera, las altas corporaciones propenden por preservar la prestación en aplicación del principio de conservación del derecho.

Colofón de lo expuesto, como el recurso de alzada se limitó solo al aspecto de la aplicación de la sentencia C020 de 2015, sin reparar en los demás argumentos que conllevaron a impartir condena, se procederá a confirmar la decisión de instancia en este ítem.

#### **4. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.**

Establecidos los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento de los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, discurrendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a ello, lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

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 la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003"*, 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).

En el sub examine, no es procedente ordenar los intereses moratorios en la medida en que, para la fecha en que Protección S.A. negó el derecho pensional (15 de septiembre de 2009) lo hizo con apego a lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003, esto es, exigiendo el cumplimiento de las 50 semanas por contar con más de 20 años a la fecha de estructuración de la invalidez, además que para esa calenda no se había consolidado un criterio uniforme o con efectos de unificación al respecto por parte de la Corte Constitucional, y en todo caso, solo con la sentencia C020 de 2015 se dejó sentado que la aplicación del parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003 se extiende hasta los 26 años; ahora, alude el actor que por lo menos debe tenerse en cuenta la causación de los intereses desde el año 2021 cuando elevó una nueva solicitud, sin embargo, debe decirse que para esa calenda no solo ya se había negado la prestación (15 de septiembre de 2009), sino también le reconoció la devolución de saldos (Fol. 26 archivo No 29), por lo que, le quedaba era acudir a la vía judicial a reclamar su derecho, pues Protección S.A. con "aplicación minuciosa de la ley" le había negado el derecho pensional, y solo a través de la presente sentencia se declara el derecho pensional a favor del actor.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado, la que con acierto declaró el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003.

**5. Costas.** Sin costas de segunda instancia, ya que ambas partes fueron recurrentes sin prosperidad para ninguna. Las de primera se confirman, y en lo relacionado con la alzada de la demandada Importadora Latina de Repuestos S.A., debe decirse que su vinculación al proceso no solo fue porque la demandada Protección S.A. lo haya solicitado, sino también porque el a quo lo consideró pertinente y necesario para resolver de fondo la controversia y en cierto grado porque "lo debatido en el presente asunto puede acarrear que sea condenada en la sentencia" (Fol. 1 a 3 archivo No 37). Asimismo, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 365 del CGP las costas se causan a cargo de la parte vencida en el proceso y a favor de la parte vencedora, y en el sub examine, si bien Importadora Latina de Repuestos S.A., resultó absuelta, no funge como parte demandante, quien en ultimas resultó ser la parte beneficiada de la decisión de instancia.

## **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 21 de febrero de 2023 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en la parte considerativa de la presente providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**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:** HERNÁN ROMERO SALDAÑA  
**Demandados:** COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.  
**Radicación:** 110013105-026-2020-00005-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** Hernán Romero Saldaña instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFPs Colfondos S.A. y Protección S.A. con el fin de que se declare la nulidad y/o la ineficacia del traslado de régimen que realizó el día 01 de mayo de 1995 con la AFP Davivir hoy Protección S.A.; y que en consecuencia de ello, se ordene a anular el traslado entre administradoras del RAIS de Protección S.A. a Colfondos S.A.; solicitó que se ordene a Colpensiones, a Colfondos S.A. y a Protección S.A. a realizar las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen del demandante; que como consecuencia de lo anterior se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante; que Colpensiones reciba los aportes de la AFP y corrija y actualice la historia laboral del demandante; que se declare para todos los efectos, que la única afiliación válida del demandante fue efectuada el 15 de febrero de 1979 al RPMPD; las costas y gastos del proceso; lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante se afilió al sistema general de pensiones con el RPMPD el 15 de febrero de 1979, cotizando un total de 676 semanas con el ISS, hoy Colpensiones; que el 01 de mayo de 1995 se trasladó al RAIS mediante la afiliación a Protección S.A.; que esta afiliación aparentemente libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo de pensiones; que el 01 de diciembre del 2010 el demandante se trasladó de Protección a la AFP Colfondos S.A.; que esta segunda afiliación no estuvo precedida de una debida asesoría por parte de Colfondos S.A.; que el 24 de septiembre del 2019, el demandante elevó derecho de petición en las entidades demandadas (Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.) con el fin de que se anulara el traslado de régimen pensional. (Expediente electrónico, PDF, cuaderno electrónico, demanda, Pág. 05 a 20)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF cuaderno electrónico, pág. 107); 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 la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias incoadas en la demanda, argumentando que la parte demandada no probó causal alguna de que la afiliación a Protección S.A. sea nula o ineficaz, que por el contrario, y teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual, no procedería lo pretendido, ya que la demandada en ejercicio de su derecho de su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el Art 13, literal b) de la ley 100 de 1993 plenamente válido, por lo que no se evidencia la afirmación de vicio del consentimiento; de igual manera, se da por sentado que el contrato firmado por las partes cumple con los presupuestos y requisitos legales para su existencia y validez jurídica. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág.109-122 contestación Colpensiones)

**3.2 Colfondos S.A.:** La llamada a juicio respondió la demanda no presentando oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se involucre a la AFP argumentando que atendiendo al objeto de las pretensiones, lo que se busca es que se registre la afiliación de demandante al RPMPD, lo que se entendería como un regreso automático, sin embargo, manifiesta al despacho que aunque la afiliación es completamente válida y que la AFP obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al RPMPD la AFP no presentará oposición a tal decisión, y en consecuencia y bajo ese presupuesto procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando, dicha decisión no le implique a la sociedad algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier otra pretensión accesoria como una posible condena en costas. También señaló que la AFP solo cuenta con los aportes a pensión obligatoria y sus respectivos rendimientos, esto quiere decir que no existen valores adicionales por concepto de bonos pensionales. Como excepciones de fondo presentó las que denominó como buena fe, la innominada o genérica y compensación y pago. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág.129- 135 contestación Colfondos S.A.)

**3.3. Protección S.A.:** La llamada a juicio se opuso a cada una de las declaraciones en las que se involucre directamente a la AFP toda vez que el acto por medio del cual se realizó el traslado del demandante al RAIS es un acto existente, validó, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como prueba de ello obra el formulario de vinculación que se suscribió el demandante el cual se realizó de forma libre y espontánea, solemnizado así la afiliación al RAIS, acto que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y la AFP Protección S.A., y en virtud del cual, se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como del afiliado. Resaltó que dicha manifestación estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág. 174 -190 contestación Protección S.A.)

**3.4 Porvenir S.A.** La AFP vinculada como Litis Consorcio necesario se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma que aparecen formuladas en la demanda argumentando que, si bien las pretensiones no están guiadas a la AFP, argumenta que no hay lugar para declarar la nulidad o ineficacia del traslado incoado por la parte demandante, y en este sentido, tampoco procederá la aceptación de la parte actora al RPMPD administrada por Colpensiones. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica. (Expediente electrónico, PDF 09 pág. 02-20 contestación Porvenir S.A.)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 06 de marzo del 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS; condenó a Colfondos S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos; condenó a Protección S.A. y Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondía a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos; condenó a Colpensiones a aceptar la transferencia y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó a Porvenir S.A, Protección S.A. y Colfondos S.A. en costas.

El quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-4974 del 2018, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si las administradoras pusieron en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, la a quo consideró que protección S.A. y las posteriores AFP a las que se trasladó el demandante, Porvenir S.A y Colfondos S.A. no lograron demostrar que hayan informado al actor de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegaron pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de las AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución por parte de las AFP demandas de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto al numeral tercero de la condena con respecto a los gastos de administración, la prima de seguros previsionales, porcentajes de la pensión mínima

debidamente indexados, argumentando que no hay razón alguna para que se condene a la AFP por las sumas anteriormente mencionadas, toda vez que estos dineros son de tracto sucesivo, por lo que no entrarían a ser parte de lo exigible por el demandante; también argumento que esos dineros generarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones debido a que se le darían dineros de los cuales no tuvo incidencia por casi más de 20 años. Con respecto a la indexación, argumenta que sería una doble condena para con la AFP.

**6. Alegatos de conclusión.** La parte impugnante allega alegatos reafirmando los argumentos expuestos al momento de apelar la sentencia de primera instancia. Asimismo, la parte actora solicita se confirme la decisión del a quo.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. 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, 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.

**2. Problema jurídico.** 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) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que el señor HERNÁN ROMERO SALDAÑA se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 15 de febrero de 1979 con cotizaciones hasta el 30 de abril de 1995 (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág. 48-53 Historia laboral Colpensiones); que se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Protección S.A. el 05 de abril de 1995, iniciando cotizaciones a partir del 01 de mayo de 1995, hasta el 17 de octubre de 2003, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida con destino a Porvenir S.A. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág. 203-210 Historia laboral Protección S.A.); que inició

cotizaciones en Porvenir S.A. desde el 01 de diciembre de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2010 (Expediente electrónico, PDF 09. pág. 70-73 Historia laboral Porvenir S.A.); que el 28 de octubre del 2010 firmó el formulario de traslado para Colfondos S.A., comenzando a cotizar en dicha AFP desde el 01 de diciembre del 2010, hasta la fecha. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág. 163-165).

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
---------------------------	--	--



Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, el 01 de mayo de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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.

**6. 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.

**7. 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 9 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 Protección S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible 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 del 01 de mayo de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

**9. 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 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 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-).

**10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus**

**propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, 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, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

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

Además se debe precisar que, 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.

**11. 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.

**12. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de las AFP PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

### 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 06 de marzo del 2023, por el Juzgado Veintiséis 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 PORVENIR S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**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 PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



**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:** *CARLOS EDUARDO ZÁRATE ÁNGEL*  
**DEMANDADO:** *COLPENSIONES*  
**RADICACIÓN:** *110013105-029-2022-00097-01*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN Y CONSULTA*  
**TEMA:** *COMPATIBILIDAD INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA Y  
PENSIÓN DE JUBILACIÓN.*

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** El señor Carlos Eduardo Zárate Ángel a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, los intereses moratorios, la indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se afilió a Colpensiones, desde el año de 1977, con un total de 530,43 semanas laborando en diferentes empresas privadas, posteriormente desde el 16 de enero de 1989 trabajó como docente en la Secretaría de Educación de Bogotá, debido a ello, el 25 de mayo de 2012, le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio a través de la Resolución 2618 de 2012, prestación vitalicia que solo tuvo en cuenta los tiempos cotizados al Magisterio; que el 04 de febrero de 2019 solicitó a Colpensiones la indemnización sustitutiva, la que fue negada en Resolución No 2019\_1474542 Sub-106158 del 03 de mayo de 2019, con fundamento en que, cuenta con pensión de jubilación reconocida por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo el primero de ello resuelto en la resolución DPE7626 del 09 de agosto 2019, en la que se confirmó la negativa al reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico PDF, 08ConstanciaNotificacionColpensionesyAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de la demandada.** COLPENSIONES dando respuesta en el momento procesal oportuno se opuso a las todas las pretensiones del accionante argumentado que no es procedente la indemnización sustitutiva, debido a que no cumple con los requisitos del artículo 17 de la ley 549 de 1999, dado que al demandante se le reconoció pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por sus servicios prestados como

Docente, encontrándose inmerso en la incompatibilidad de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, el que prohíbe a las personas recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, norma que ha sido reglamentada por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992. Al no prosperar la pretensión principal es incompatible el reconocimiento del pago por concepto de intereses moratorios.

(Expediente electrónico PDF, 09ContestacionColpensiones20220614)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 27 de febrero de 2023, mediante la cual el Juzgado condenó a Colpensiones a pagar a favor del demandante, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por el monto de \$7.120.040,27, valor que debe estar debidamente indexado al momento de su liquidación, absolvió de las demás pretensiones, y gravó en costas a Colpensiones

(Expediente electrónico PDF, 15ActaAudenciaSentencia)

Su decisión se basó en que, no se encontraba en discusión que el demandante nació el 10 de junio de 1956 y que el FOMAG, le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución 2618 de 2012. Que teniendo en cuenta, las sentencias 40413 del 2012 y 28164 del 2008 y 24062 de 2005 de la Corte Suprema de Justicia, así como la T-827 de 1999, la indemnización aquí solicitada y la prestación de jubilación, son asignaciones que encuentran un origen y fuente de financiación diferente, razón por la que resultan compatibles entre sí, más aún cuando, la prestación que se reclama a instancia de Colpensiones, resulta de las cotizaciones realizadas para entidades particulares, por lo tanto, el afiliado al haber alcanzado la edad para pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación definida y manifestar su imposibilidad de seguir cotizando, le asiste derecho a la indemnización contemplada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, le sea reconocida en la suma de \$7'120.040,27, suma que debe estar debida indexada.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Sin recurso en instancia.

**6. Alegatos de conclusión.** Sin alegatos.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Grado Jurisdiccional de Consulta.** Se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que haya sido desfavorable a COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 *ejusdem*.

**2. Problemas jurídicos.** Consisten en establecer: (i) ¿Se debe condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, por las cotizaciones realizadas por el actor al otrora ISS, hoy Colpensiones, entre el periodo del 06 de junio de 1977 al 07 de diciembre de 1994, a pesar de que le fue reconocida pensión de jubilación por parte del FOMAG? En caso positivo (ii) ¿El valor liquidado por el a quo se encuentra ajustado a derecho y procede la indexación?

**3. Pensión de jubilación magisterio e indemnización sustitutiva.** Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 10 de junio de 1956 (expediente administrativo PDF, 01Demanda.pdf página 18); (ii) Que estuvo afiliado al otrora ISS, hoy Colpensiones, desde el 06 de junio de 1977, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado hasta el 07 de diciembre de 1994 (expediente administrativo PDF, 01Demanda.pdf página 20); (iii) Que mediante resolución No 2618 del 25 de mayo de 2012



le fue concedida por parte del FOMAG la pensión de jubilación a partir del 11 de junio de 2011 (expediente administrativo PDF, 01Demanda.pdf página 38 a 40); (iv) Que solicitó la indemnización sustitutiva ante Colpensiones el 04 de febrero de 2019, pero la misma le fue negada a través de resolución SUB217278 del 13 de agosto de 2019, confirmada a través de resolución SUB106158 del 03 de mayo 2019 y DPE 7626 9 de agosto de 2019, mediante las cuales se desató el recurso de reposición y apelación, respectivamente, bajo el argumento de existir incompatibilidad con la pensión de jubilación que viene percibiendo (expediente administrativo PDF, 01Demanda.pdf página 26 a 36). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por parte de Colpensiones, por el tiempo cotizado en tal entidad, pese a que al actor le fue concedida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG.

Para la solución de la controversia planteada, es importante señalar que, si bien los docentes oficiales están excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud de lo previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, tal calidad no les impide prestar sus servicios a instituciones de naturaleza privada y en virtud a ello, financiar una posible pensión de vejez en el marco de la Ley 100 de 1993, ya sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así se infiere del contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio que además reciban remuneraciones del sector privado, a que acumulen cotizaciones como docentes oficiales con cotizaciones del sector privado para que sean administradas en dicho fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993.

Precepto reglamentario de la Ley 100 de 1993, a partir del cual solo se puede educir, según lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si los docentes oficiales vinculados a la entidad que administra las pensiones de ese sector, paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden válidamente afiliarse a una administradora de pensiones del RAIS o del RPM y cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen especial accederán a las prestaciones propias del mismo (Sentencia del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848).

Ahora, si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de la aplicación de dicha normativa, lo cierto es que de conformidad con el mandato previsto en el artículo 17 de la misma Ley, la calidad de exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no exime al empleador privado de la obligación de realizar las cotizaciones al sistema cuando contrata como trabajador a quien pertenece al régimen pensional de los docentes oficiales, como sucedió en el evento bajo examen, en el que las distintas entidades del sector privado le aportaron al sistema general en pensiones al demandante desde el 06 de junio de 1997 hasta el 07 de diciembre de 1994, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Colofón de lo dicho, los argumentos esbozados por Colpensiones en los actos administrativos denegatorios de la prestación reclamada no están llamados a

prosperar, pues de manera cristalina se concluye que la pensión de jubilación que viene percibiendo el actor a cargo del FOMAG no es incompatible con las prestaciones a las que pueda tener derecho a cargo del sistema general de pensiones, pues una y otra son diferentes, máxime que las aportaciones realizadas al ISS son eminentemente por empleadores del sector privado, las cuales en nada incidieron en el tiempo de servicios que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación como docente del sector público.

**4. Indemnización sustitutiva.** Bajo ese contexto, se observa que el actor al estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le es perfectamente aplicable el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual señala:

***"ART. 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.***

*Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado"*

Por manera que, al haber acreditado la edad de 62 años el 10 de junio de 2018, por haber nacido el mismo día y mes del año de 1956 (expediente electrónico PDF 01Demanda.pdf página 18) fecha para la cual cuenta con 530,43 semanas cotizadas, es decir, inferior a las 1300 requeridas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, se constata que cumple los requisitos para hacerse acreedor a la indemnización sustitutiva, misma que es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Una vez se obtiene el resultado de esta operación aritmética, se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, según lo dispuesto en la aducida norma.

Ahora bien, respecto de la fórmula para determinar el valor de esta prestación económica, es procedente remitirnos a lo indicado en el Decreto 1730 de 2011, que textualmente señala en su artículo 3° lo siguiente:

***"ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización.***

*Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:*

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

*Donde:*

*SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.*

*SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

*PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

*En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.*

*A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”*

Es por ello que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas de rigor, se obtiene un total por concepto de indemnización sustitutiva el valor de **\$ 9.589.713,66** esto es, superior al valor que encontró la a quo, que lo fue de **\$7.120.040, 27** como la sentencia se está revisando en grado jurisdiccional de consulta no se puede hacer más gravosa la situación de Colpensiones, ya que esta no fue apelada por ninguna de las partes dentro del proceso.

Asimismo, en esta clase de prestaciones, de conformidad con el Decreto 1730 de 2011, artículo 3º, se debe hacer “*actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE*”, razón por la cual, el IPC final que se tiene en cuenta es el de diciembre del año inmediatamente anterior al reconocimiento, en el sub examine, el de diciembre de 2020, como se hizo por esta Judicatura.

Conforme a lo expuesto, no se modificará el valor a condenar por concepto de indemnización sustitutiva.

**5. Indexación.** En orden a lo anterior, esta Colegiatura confirmará la orden impuesta por indexación, debido a que el derecho objeto de condena se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, y la misma debe ser asumida por quien debe realizar el pago, en este caso, COLPENSIONES, sin embargo, se debe aclarar que esta correrá desde el 27 de febrero de 2023, fecha en la que se profirió la decisión de primera instancia, y se declaró el derecho en favor del actor, para ello se calculará con el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior a su reconocimiento, por lo que se modificará la decisión de instancia en este aspecto, pues el a quo ordenó la indexación sin que se indicara la fecha a partir de la cual debía realizarse este cálculo.

Debe precisar la Sala que la indexación es un mecanismo para resarcir al acreedor por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, siguiendo la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

**6. Costas.** Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES. 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,

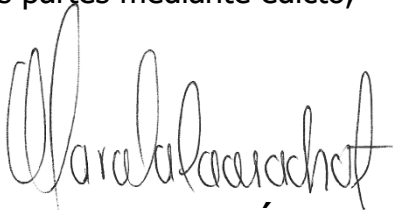
**RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR EL NUMERAL 2 DE LA SENTENCIA CONSULTADA** y proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que, el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, deberá ser indexada desde el 27 de febrero de 2023 y hasta la fecha de su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.


**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia materia de consulta.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**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:** PEDRO NEL MARTÍN BERNAL  
**Demandados:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A.  
**Radicación:** 110013105-033-2020-00304-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Pedro Nel Martín Bernal instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. con el fin de que se declare la anulación o ineficacia de la afiliación realizada por el demandante a los fondos, a partir del 1 de noviembre de 1997, teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informado sobre las consecuencias y efectos, tanto desfavorables como nocivos de trasladarse del RPMPD al RAIS; que en consecuencia de ello se condene a las AFP a trasladar el capital y los rendimientos financieros acumulados en la cuenta de ahorro individual de cada AFP a Colpensiones, y que esté a su vez reciba dicho capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de la historia laboral; que se ordene a Colpensiones a que, luego de su retorno, se le reconozca y pague la pensión de vejez en los términos de los artículos 9 y 10 de la ley 797 de 2003; lo ultra y extra petita, las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 15 de mayo de 1965 y se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 09 de septiembre de 1985 hasta el 31 de octubre de 1997, realizando cotizaciones allí con empleadores del sector privado y acumulando 352,86 semanas; que el 01 de noviembre de 1997 y como consecuencia de una errónea asesoría, firmó el formulario de afiliación al RAIS por medio de la AFP Santander hoy Protección S.A.; que el 01 de marzo del 2003 se trasladó de manera horizontal a la AFP Porvenir S.A.; que debido a la confusión y a la desacertada asesoría de los funcionarios de los fondos de pensiones involucrados, se trasladó a la AFP Skandia S.A. a partir del 01 de marzo del 2005; que finalmente retornó a la AFP Protección S.A. el 01 de abril del 2006; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen pensional, sin embargo Colpensiones no se pronunció sobre dicha solicitud; reseña que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 1.383,14 semanas y 55 años de edad. (Expediente electrónico, PDF. 03Demanda, Pág. 01 a 28).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 19NotificacionAgencia).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias del demandante, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que cuenta que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta del deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Asimismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa de las documentales aportadas que, el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin que se hubiese dejado observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. A su vez, sostiene que, el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, debido a la prohibición de los 10 años que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las de denominada errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF. 12 Pág. 02 a 42).

**3.2. Porvenir S.A.** La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas por el demandante en contra de la AFP, argumentando que el traslado horizontal efectuado por el demandante a través de Porvenir S.A. es completamente válido por cuanto se brindó la información pertinente y necesaria; que es necesario traer a colación que solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general, que sin perjuicio de lo anterior, manifiesta que el señor Martín, suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado de régimen con la AFP Porvenir S.A. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF. 10ContestaciónPorvenir Pág. 2 a 27).

**3.3. Skandia S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la AFP demandada contestó el líbello inaugural, oponiéndose a todas y cada una de las peticiones, argumentando que la parte demandante no manifiesta en el relato de los hechos ni en las pretensiones, así como tampoco allega prueba siquiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la ineficacia al momento de la afiliación al RAIS, contrario a lo anterior, se observa en la documental que se allega con el escrito inicial que, las decisiones en materia pensional del accionante durante su vida laboral estuvieron encaminadas a manifestar su voluntad de pertenecer al RAIS y consolidar allí su derecho pensional, esto teniendo en cuenta no solo su afiliación inicial, sino los múltiples traslados efectuados entre administradoras del RAIS. Por lo anterior, la afiliación con la AFP Skandia S.A. goza de plena validez jurídica. Como excepciones de fondo propone las que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (Expediente electrónico, PDF. 16ContestacionSkandia Pág. 2 a 18).

**3.4 Protección S.A.** La AFP en su contestación se opuso a cada una de las declaraciones en las que se le involucre, argumentando que el acto del traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como prueba de

ello, obra formulario de vinculación suscrito por el demandante, de manera libre y espontánea, acto que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Sostiene que esta manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar su consentimiento. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, ratificación de pertenecer a RAIS al afirmar el formato de afiliación con varias AFP de acuerdo a la SL 3752. (Expediente electrónico, PDF.

11ContestacionProtección Pág. 03 a 31).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Conforme lo dispuesto en el Acuerdo CSJBTA 22-15 del 1 de marzo de 2022, el expediente fue remitido al Juzgado 403 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, despacho judicial que en sentencia del 20 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado del RAIS realizado por el demandante; ordenó a Protección S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, quien deberá reactivar la afiliación del actor en el RPMPD y recibir los dineros que le fueren trasladados; absolvió a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante; declaró no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones; condenó en costas a Protección S.A.

La decisión del Juez se basó en que, conforme los precedentes plasmados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a los fondos privados demostrar que le brindaron una información completa al afiliado para que se haya tomado la decisión de optar por un cambio de régimen, y el hecho de firmar un formulario de afiliación no significa, que el mismo se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, agregado que, no se requiere que quien alega la ineficacia tenga un derecho consolidado, una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición; a su vez, sostuvo que los trasladados a otros fondos, no subsanan la omisión de la información que en su momento no le brindó la AFP al producirse un traslado en el mismo RAIS.

Encontró acreditado que el demandante estuvo vinculado al RPMPD, con el ISS hoy Colpensiones, en donde cotizó 352,86, siendo que se trasladó al RAIS con Protección S.A. el 10 de octubre de 1997, posteriormente se trasladó a Porvenir el 31 de enero de 2003, luego a Skandia el 20 de enero de 2005 y finalmente a la AFP ING hoy Protección, 3 de febrero de 2006, en donde pertenece actualmente. Que si bien, del formulario de afiliación se denotaba que el demandante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea, ello no significa que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que llevaba su decisión, pues Protección estaba obligada a informarle las ventajas y desventajas de su traslado, por lo tanto, esta AFP al no cumplir con la carga de la prueba, declaró la ineficacia de la afiliación inicial, así como los traslados realizados con posterioridad a otros fondos.

Respecto a la excepción de prescripción sostuvo que conforme lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es de carácter irrenunciable e imprescriptible, por lo tanto, al estar ligada la ineficacia del traslado con



este derecho, no le resulta aplicables las reglas de la prescripción, conforme lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia.

Respecto al reconocimiento pensional, señaló que solo es posibles acceder a esta prestación, hasta tanto, se haya realizado el traslado efectivo de los aportes y demás sumas de dinero que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, con la finalidad que esta verifique las suma que le sean trasladadas y proceda con la verificación de los requisitos para la causación de la prestación, razón esta, por la que se despachó desfavorablemente esta pretensión.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por parte de Colpensiones, quien afirmó que en la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta el estudio a fondo del caso en concreto, como quiera que, no se tuvo en cuenta la prohibición legal contemplada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, y que le impedía al afiliado trasladarse de régimen, como quiera que le faltaba menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez por el cumplimiento de la edad; de igual forma, reseñó que el abonado probatorio, no se logra acreditar que el demandante haya estado frente a un vicio de consentimiento, sea el error, la fuerza o el dolo, y en el caso en concreto, se advierte que el error recae sobre un tema de derecho que no tiene fuerza suficiente para generar la nulidad o la ineficacia del acto jurídico.

Po otro lado, conforme lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, las acciones para solicitar la rescisión del contrato, por lo tanto, al realizarse el traslado de régimen en el año 1997, la nulidad debió ser solicitada antes del año 2001. Por otro lado, el demandante ha permanecido en el RAIS y ha consentido en que se hagan los descuentos respectivos con destino al ahorro individual. De igual forma, sostiene que el deber de información solo se consolido con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2070 de 2015, por lo que los fondos privados solo cuentan con el consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación para probar que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, por ello, las afiliaciones realizadas entre el año 1994 y 2014 no exigían documento diferente al del formulario de afiliación.

Finalmente, resalta que al retornar un afiliado que no ha estado cotizando en el RPMPD por más de 20 años, genera una descapitalización del sistema afectado a los derechos de los demás afiliados de este régimen.

**6. Alegatos de conclusión.** Colpensiones alega en su favor los mismos argumentos expuestos al momento de apelar la sentencia de primera instancia. Por su parte Porvenir S.A., solicita sea revocada la decisión del a quo al considerar que el traslado del actor fue valido por cuanto cumplió con la debida información. La parte actora solicita se confirme en su totalidad el fallo proferido.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones 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, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** 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 e 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 de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

**3. 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 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que el señor Pedro Nel Martín Bernal, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 09 de octubre de 1985, teniendo cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1997 (Expediente electrónico, PDF. 03. pág. 38-42 Historia laboral Colpensiones; PDF 11ContestacionProtección, pág 48, 50-51); que el 01 de diciembre de 1997 comenzó a realizar cotizaciones en el RAIS por medio de la AFP Protección S.A. con quien cotizó hasta el 28 de febrero de 2003 (Expediente electrónico, PDF. 03. pág. 44-49 Historia laboral Protección S.A.); que el 31 de enero de 2003 firmó solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PDF. 10 pág. 30 Contestación Porvenir S.A.); iniciando cotizaciones el 01 de marzo del 2003 y hasta el 28 de febrero de 2005 (Expediente electrónico, PDF. 03 pág. 49 -50 Historia laboral Protección S.A.); que el 01 de marzo del 2005 comenzó a realizar cotizaciones a la AFP Skandia S.A, así hasta el 31 de marzo del 2006 (Expediente electrónico, PDF. 03 pág. 50 -51 Historia laboral Protección S.A.); que el 01 de abril de 2006 se trasladó nuevamente a la AFP Protección S.A., en la cual permanece actualmente. (Expediente electrónico, PDF 03 pág. 51-56 Historia laboral Protección S.A.)

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

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

decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el demandante se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, el 10 de octubre de 1997, efectivo a partir del 01 de diciembre de la misma anualidad, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, 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 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.

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 (...)*".

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

**6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información.** En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine,

pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP 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 del 10 de octubre 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.

**7. 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.

**8. 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 las AFPs codemandadas los aportes efectuados por aquellas 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-).

**9. 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).

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 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 las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos 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.

**10. 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.

**11. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones. y a favor de la 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,

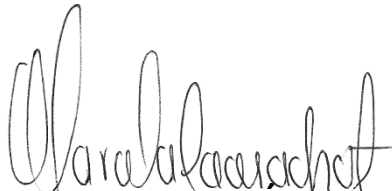
### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de septiembre del 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) para que trasladen si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, los **descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones.


La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

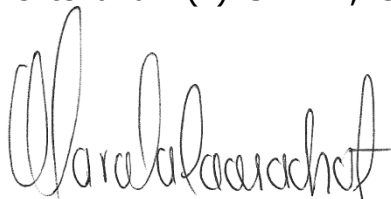


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-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 Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



**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:** MARÍA OTILIA PARRA  
**Demandados:** COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 110013105-007-2018-00393-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICION

Bogotá D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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 Otilia Parra instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado efectuado el día 05 de enero de 1996 con este fondo, teniendo en cuenta que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas así como de las desventajas de uno y de otro sistema pensional; como consecuencia de lo anterior, solicita que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones S.A. a tener tenerla como afiliada en el RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático; que se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas; lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el día 05 de enero de 1996, sin que el asesor comercial le hubiese brindado información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el RAIS, y que, en especial, no se le realizó un estudio de su situación particular; que realizando una simulación pensional en ambos regímenes pensionales, se obtuvo que su mesada pensional es ostensiblemente superior en el RPMPD administrado por Colpensiones; que el día 02 de mayo de 2018 radicó derecho de petición ante Colpensiones, solicitando la nulidad del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A., sin que hasta la fecha de presentación de la demanda, la solicitud haya sido respondida. (Expediente físico, PDF 01CuadernoFísico, Pág. 05 a 18)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF01CuadernoFísico, pág. 116); 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 la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias de la demanda argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP demandada, o de que se estuviese en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo. Así mismo, argumenta Colpensiones, que no se 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 la demandante, y que al contrario, se observa por medio de las documentales, que el formulario de afiliación fue suscrito de manera libre y voluntaria, sin que se dejara observaciones de constreñimiento o presiones indebidas. Igualmente, informa que en el caso que se presenta, la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico, pág.124-154 contestación Colpensiones)

**3.2. AFP Porvenir S.A.:** La AFP se opuso a que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación efectuada ante la AFP porvenir S.A. como traslado de régimen proveniente del ISS, hoy Colpensiones, en la medida que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante no se hizo en contra de una prohibición legal, y que por el contrario, la misma se dio cumpliendo todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico; a su vez, señala que con las pruebas documentales aportadas no se logra probar la omisión de información o engaño que da paso a la nulidad de la afiliación, más aún cuando existieron hechos posteriores de ratificación desplegados por la misma interesada. Además de ello, sostiene que, debe tenerse en cuenta que la actora no cumple con las condiciones fijadas en la ley o la jurisprudencia que le permitan retornar al RPMPD y pensionarse bajo las condiciones allí establecidas; adicional a ello, informa la AFP que en caso de que se declare la ineficacia del traslado, advierte que no habría lugar a condenar a Porvenir S.A. a reconocer intereses sobre los aportes realizados, toda vez que esto no es objeto de los contratos suscritos, ni hace parte de las obligaciones legales establecidas para ninguna de las entidades. Como excepciones de mérito, propuso las que denominó como prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico, pág. 188-201 contestación Porvenir S.A.)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 06 de noviembre de 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante con el fondo Porvenir S.A. el 05 de enero de 1996 mediante formulario de afiliación No. 00664390; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por Colpensiones; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD a la demandante, desde su afiliación primigenia al RPMPD; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas, condenó en costas a las demandadas por la suma de 2 SMLMV.

El quo fundamentó su decisión en que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información

necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993. Determinó que el artículo 1603 del Código Civil consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores. Afirmó, después de hacer un recuento normativo sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP, que al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó el demandante en 2000, Porvenir S.A. tenía la carga de suministrar una información veraz.

Igualmente, el A quo indicó que Porvenir S.A era quien tenía la carga de acreditar que a la demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues, lo alegado por el actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Porvenir S.A. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Porvenir S.A.

Expuso que, no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demuestre que, al momento de efectuar el cambio de régimen en 1996, al demandante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Preciso que, el formulario de traslado es un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por ello, indicó que constituye un medio probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses.

Determinó que, la afiliación a la AFP quedaría sin efecto, es decir, sería declarada como ineficaz, por lo que se devolvería la situación del demandante al estado en que estaría si el mentado acto no hubiese existido jamás, por lo ordenó el traslado de la demandante a Colpensiones, pues consideró que ella si perteneció al RPMPD a través de la Caja de Previsión Social de Boyacá, lo anterior, conforme lo determinado en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2196 de 2019; en virtud de lo anterior, ordenaría igualmente la devolución de la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros que se causen a la entrega del dinero.

Respecto de la prescripción indicó que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable cobijado por el principio de imprescriptibilidad, posición que tiene asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral SL 49741 de 2014, reiterada en la sentencia 56174 del 2019.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

**5.1 Colpensiones** Interpuso recurso de apelación argumentando que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, de otro lado, en los términos del artículo 1604 ibídem, no es el fondo de pensiones a quien le compete demostrar este hecho, por lo cual existe una indebida y errónea interpretación de estas normas; a su vez, señala que la afiliada se encuentra en una prohibición legal descrita en el artículo 02 de la Ley 797 de 2003, y por ello no puede trasladarse de régimen pensional debido a que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez

Indicó además que, ordenar el retorno de la demandante a RPMPD quebranta el principio de sostenibilidad financiera y finalmente, reseña que la imposición de la condena en costas no es procedente, en la medida que la entidad no puede disponer de sus recursos, para fines distintos a los destinados a ella, sumado al hecho que Colpensiones no participó en los actos que se declaran ineficaces. (Reconstrucción recurso de apelación Colpensiones, Archivo 15AudioReconstrucción.)

**5.2 Porvenir S.A.** Interpuso recurso de apelación solicitando que no se declare la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta para ello que, la demandante conocía las características del RAIS, así como las del RPMPD y aun así optó por el régimen privado como su mejor opción. Adicional a ello, sostuvo que ordenar el traslado de la demandante genera una desfinanciación del sistema pensional. Finalmente, sostuvo que el deber de documentar la información surge con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y esta no cuenta con efectos retroactivos, por lo que no se le puede endilgar la falta de cumplimiento de sus obligaciones, debido a que para la fecha en la que se realizó la afiliación esta carga no existía.

**6. Alegatos de conclusión.** Los apoderados de los fondos impugnantes alegan de conclusión, argumentando lo expuesto al momento de recurrir. La parte actora solicita se mantenga la decisión de primera instancia.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

**2. Problema jurídico.** 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 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 indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La

acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vi) ¿Resulta procedente la imposición de costas a cargo de Colpensiones?.

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se tiene demostrado que la señora María Otilia Parra realizó aportes en la Caja de Previsión Social de Boyacá desde el 15 de abril de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1995, (Expediente digital, PDF01CuadernoFísico, pág.59); que el 05 de enero de 1996 realizó la solicitud de traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. (Expediente digital, PDF 01CuadernoFísico, pág.25 Anexos, Solicitud de vinculación); Comenzando a cotizar desde el mismo mes hasta la fecha. (Expediente físico, PDF01CuadernoFísico, pág.47-58 historia laboral Porvenir S.A.).

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

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

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

la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 05 de enero de 1996 , el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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

**6. 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.

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

**8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Respecto del asunto que gira en torno a que la demandante no se encontraba afiliada a Colpensiones antes del traslado, acota la Sala que de conformidad a los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por esta entidad pública, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes en una Caja de Previsión Distrital o Departamental, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019).

En este punto valga traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL8362-2022, en la que adoctrina:

*“Tales apreciaciones del juzgador de instancia no las comparte ni avala esta Corporación, dada la circunstancia particular que se presenta en este caso por el hecho de haberse trasladado la demandante al RAIS, estando afiliada a un fondo previsional del sector público, Pensiones de Antioquia. Al respecto conviene recordar que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 autorizó a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrar el régimen de prima media con prestación definida respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio del derecho de selección de régimen.*



*De igual manera, el Decreto 2527 de 2000 en su artículo 3º dispuso que los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trataba el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvincularan de la entidad pública a través de la cual estaban afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberían afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produjera sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978.*

(...)

*Lo anterior se acompasa por lo dicho por esta Sala, entre otras providencias, en la SL4334-2021, SL2208-2021 y SL1637-2022”.*

Así las cosas, 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 las sentencias atrás referidas.

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

**9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 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 las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a las AFP Porvenir S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Aunado a ello, se ordenará que los mismos sean devueltos 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.

**10. 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.

**11. Costas en primera instancia.** Frente a las costas, el artículo 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 el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aún cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

**12. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 06 de noviembre del 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, y en consecuencia **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, las sumas descontadas por concepto los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberán asumir sus propias utilidades, debidamente indexados, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

## **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo Colpensiones y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



**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:** RIGOBERTO LOZANO CUELLAR  
**Demandada:** EMGESA S.A. ESP Y OTRO  
**Radicado No.:** 110013105-035-2019-00810-02  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** Rigoberto Lozano Cuellar, instauró demanda ordinaria contra Emgesa S.A. ESP, con el propósito de que se declare y pague los salarios dejados de percibir, la prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses, la indemnización por despido sin justa causa, y el pago de aportes a la seguridad social; de manera subsidiaria que se decrete el reintegro.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar al servicio de la demandada como inspector de predios, realizando funciones en sus instalaciones mediante contratación con terceros, desde el 01 de mayo de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2016, con una asignación salarial mensual de \$2.730.474; que la finalización del último contrato lo fue por la terminación de la obra o labor, sin embargo, la labor para la cual fue contratado se cubrió con otro personal; que las funciones las desarrolló en las áreas de influencia de la central Betania de los municipios de Yaguara, Hobo, Palermo, Campoalegre, y Gigante; que las funciones eran visitar los predios que la central posee en los alrededores del embalse, tomar datos, acompañar a funcionarios de Emgesa, cuidado y operación de las lanchas que Emgesa ponía a disposición, ocasionalmente funciones de conductor, y labores de control ambiental; que durante el desarrollo de sus funciones por más de 18 años, nunca recibió llamados de atención; que a la finalización del vínculo laboral le dejaron de cancelar algunas semanas de pensión, así como tampoco se tuvo en cuenta que le faltaban pocas semanas para adquirir el derecho pensional. (Pág. 61 a 70 archivo No 01).

**2. Contestación Emgesa S.A. ESP.** Mediante auto del 12 de mayo del 2021, se tuvo por no contestada la demanda. (Fols. 1 a 2 archivo No 11).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo del 2023, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, gravándolo en costas procesales.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva

establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume que toda relación de forma personal está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto no se logró acreditar que la beneficiaria de la prestación del servicio fuera directamente la demandada, lo que impide dar aplicación a la presunción de qué trata el artículo 24 del CST, ello en razón a que de la prueba documental y testimonial no se extrae tal elemento, al contrario, se expresó por los testigos que las instrucciones, aportes a seguridad social y vacaciones los efectuaba el tercero Security. Asimismo, que de las certificaciones aportadas no se desprende que la prestación del servicio haya sido en favor de Emgesa S.A. ESP. (Pág. 1

a 2 archivo No 28 y audiencia virtual archivo 27)

**4. Impugnación y límites del ad quem.** No se formuló recurso de apelación, por lo que se envió el expediente para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por haber sido adversa la sentencia a sus pretensiones.

**5. Alegatos de conclusión.** La encartada solicita se confirme la decisión de primera instancia al no haber probada la pasiva, los elementos propios del contrato laboral.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Grado jurisdiccional de consulta.** Por haber sido totalmente adversa la decisión de primer grado en relación con la parte demandante, se estudiará en su integridad la decisión de instancia en el grado jurisdiccional de consulta de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo entre el demandante y el demandado o, por el contrario, el demandante no logró demostrar el elemento de la prestación personal del servicio?

**3. Relación laboral.** Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación*

procesal esté **plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada**, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada”(criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

Para resolver sea lo primero señalar que conforme al postulado “onus probandi”, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), y a su vez, es pertinente reseñar los predicamentos de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 04 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARA, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto a la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente reliev, que **“además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario,** también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo **el extremo temporal 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 de la terminación del vínculo, entre otros**”(Negrilla y subrayas de la Sala).

Ahora, consagra el artículo 61 del C.P.T y de la S.S que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, a fin de llevar al juzgador la suficiente convicción para decidir con certeza sobre el objeto materia de litigio.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 01 de mayo de 1998 al 31 de diciembre de 2016, ejerciendo la labor de inspector de predios. Afirmación frente a la cual la demandada guardó silencio, ya que se le tuvo por no contestada la demanda (Fols. 1 a 2 archivo No 11), lo que de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 31 del CPTSS tiene como consecuencia adversa el que se tendrá como indicio grave, tal como también lo ha aquilatado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, la SL17830 del 24 de agosto de 2016.

Frente a los indicios, consagra los artículos 240 a 242 del CGP, que para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso, así como también, que el juzgador puede deducir indicios de las conductas de las partes, y que tales indicios se apreciaran en conjunto con los demás medios de prueba que obren en el proceso.

Así las cosas, pese a que a la encartada se le tuvo por no contestada la demanda y recayó en su contra el indicio grave, tal indicio debe ser concordante con las demás pruebas recopiladas en el proceso, por lo que, tal consecuencia adversa al demandado no tiene la magnitud de relevar al demandante de demostrar **“la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada”**, para que opere en su favor la presunción del artículo 24 del CST.

Al respecto, se allegaron unas certificaciones laborales (Fols. 12 a 16 archivo No 01), de las cuales no se puede dar por acreditada la prestación del servicio del actor en favor de la demandada, pues son certificaciones que provienen de terceros como VISE LTDA, Seguridad Jiménez Moya Ltda, y Lubeck Security Ltda, en la que, si bien se enuncia que laboró en el cargo de inspector de predios, no hace alusión a que tales servicios se hayan prestado en favor de Emgesa S.A. ESP. Y si bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que *“los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad»”* (SL14426-2014; SL6621-2017; (SL-2600-2018), lo cierto es que, las certificaciones no provienen de la demandada, y tampoco se allegó documental que concatene que el cargo desempeñado por el actor como inspector de predios haya sido en virtud de alguna relación contractual con Emgesa S.A. ESP.

Ahora, en cuanto a la prueba testimonial, se escucharon las versiones de Juan Carlos Yasno Cardoso y Luis Carlos Puentes Ramírez, quienes al unísono afirmaron ser compañeros de trabajo del actor; sin embargo, en relación con Luis Carlos Puentes Ramírez, indicó que conoció al actor hace 15 años y que trabajaron directamente para la empresa Seguridad Security, siendo contradictorio su dicho, pues conforme la demanda y las certificaciones allegadas, el actor aduce haber sido contratado por terceros para prestar servicios a la demandada, relacionando a Jorge Enrique Miranda Arias, Jiménez Moya & Cía. Ltda, Lubeck Security Ltda y Vigilancia y Seguridad; de igual modo, manifestó que el lugar donde desempeñó la labor el actor fue en Yaguara, pero en la demanda se enuncia que prestó sus servicios no solo en Yaguara, sino también en los municipios de Hobo, Palermo, Campoalegre y Gigante; igualmente, dijo que recibían ordenes de ingenieros directos de la demandada, empero, no existe ninguna prueba que permita corroborar su dicho, por lo que, al no haber sido conteste, preciso y certero en su versión, no puede la judicatura dar por acreditada la efectiva prestación del servicio del actor en favor de la demandada en el lapso por el cual pretende en la demanda.

En cuanto al testigo Juan Carlos Yasno Cardoso, al igual que el anterior, dice que el demandante prestó sus servicios en el municipio de Yaguara, y él en el municipio del Hobo y Gigante, es decir, es discordante con el relato expuesto por el actor en la demanda, ya que aquel también dice haber laborado en los municipios de Hobo y Gigante, por lo que, no se puede con sus dichos sostener con certeza la prestación del servicio del actor a favor de la encartada, ya que por un lado el actor aduce haber prestado los servicios en varios municipios, mientras que el deponente solo relaciona uno, y en otros, alude a que fue él quien estuvo prestando los servicios.

Así las cosas, bien hizo la juzgadora de instancia en determinar que el problema jurídico giraba en derredor de dilucidar a quién corresponde la carga de la prueba cuando se solicita la declaratoria de existencia de una relación laboral, por lo que consideró que al demandante le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, pero que en el sub examine ello no fue posible ante la insuficiencia de probatura en orden de demostrar los hechos materia de la Litis.

Pues bien, si el demandante pretendía acreditar la relación laboral, debía recabar los medios de prueba idóneos, que dieran cuenta que desplegó su fuerza laboral en favor de la demandada, de donde se colige que, ante la ausencia de prueba, no puede impartirse condena a su favor.



Así pues, al demandante le correspondía de manera preponderante demostrar la prestación personal del servicio para que operara en su favor la presunción del artículo 24 del C.S.T, lo cual no hizo, y por ende, en el plenario hay total orfandad de elemento de convicción probatorio que permita colegir la existencia de la relación laboral en los hitos cronológicos del libelo incoativo, por lo que no queda otro camino para la Sala que absolver a la demandada de las pretensiones incoadas por el actor, y de contera, CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, pues de conformidad con el postulado "onus probandi" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), el actor en postura desdeñosa no asumió la carga de probar siquiera el primer elemento esencial estructurante de la relación de trabajo pretensa.

**4. Costas.** Sin costas en esta instancia, dado que se estudió la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de marzo del 2023, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás vertidas.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*Radicación: 11001-3105-035-2019-00810-02*  
*Ordinario: Rigoberto Lozano Cuellar Vs Emgesa, hoy Enel Colombia S.A. ESP.*  
*Sentencia Decisión: Confirma.*

*-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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LUZ YANET ARIZA CARRILLO  
**Demandada:** MERCADOS ROMI S.A.  
**Radicado No.:** 08-2019-00391-01  
**Tema:** ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA– APELACIÓN  
DEMANDANTE - REVOCA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** Luz Yaneth Ariza Carrillo instauró demanda ordinaria contra Mercados Romi S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 23 de noviembre de 2015; que su salario era el equivalente a un mínimo legal mensual vigente; que se declare la ineficacia del despido, y en consecuencia se condene al reintegro definitivo al mismo cargo desempeñado, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales causados durante el tiempo en que estuvo desvinculada; al pago de la indemnización consagrada en la Ley 361 de 1997; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, debidamente actualizada a la fecha de terminación efectiva del contrato de trabajo y el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, debido a que las mismas fueron descontadas cuando se efectuó el reintegro.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 23 de noviembre de 2015 ingresó a laborar para Mercados Romi S.A. a través de un contrato de trabajo a término fijo a un año, desempeñando el cargo de auxiliar de cocina, percibiendo como salario, la suma de \$828.116, siendo su horario laboral de 6:00 a.m. a 4:00 p.m., de lunes a domingo, con descansos de dos domingos en el mes. Refiere además que la empresa le notificó la terminación de su contrato el 22 de noviembre de 2018, dado que el mismo no sería renovado, por lo que el 23 de noviembre de 2018, mediante derecho de petición solicitó su reintegro, el cual fue negado.

De otro lado, señala que el 3 de mayo de 2018 sufrió un accidente de trabajo, el que fue reportado por la empresa a la ARL Seguros Bolívar y que le ocasionó lesión en su rodilla izquierda y en el hombro derecho, desde esta data ha estado en continuo tratamiento, con recomendaciones, restricciones e incapacitada; el 19 de febrero de 2019 le practicaron una cirugía de "satura del manguito rotador, sinovectomía por artroscopía", fecha desde la que ha estado incapacitada por la ARL Bolívar, por lo que, para la fecha de su desvinculación se encontraba en situación de estabilidad laboral reforzada y su

desvinculación se produjo sin que fuera solicitada autorización ante el Ministerio de Trabajo.

También reseñó que, interpuso acción de tutela con la finalidad que la reintegraran por estabilidad laboral reforzada, la que fue conocida por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, bajo el número de radicación 2019-00109, quien amparó transitoriamente sus derechos, hasta tanto la justicia ordinaria dirima el conflicto de manera definitiva, en consecuencia, ordenó su reintegro al mismo cargo desempeñado o a uno de igual o superior jerarquía, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales generados desde la fecha en que se produjo el despido hasta su reintegro, sin solución de continuidad, y autorizándose el descuento del valor dado como liquidación, sentencia que fue confirmada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito; la empresa dado cumplimiento al fallo de tutela, la reintegró el 15 de febrero de 2019 y descontó los valores consignados por concepto de liquidación final de prestaciones sociales (Expediente digital, PDF01Expediente FLS 1-67, págs. 5 a 13).

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que de acuerdo con la modalidad contractual acordada entre las partes, esto es a término fijo, y la fecha de terminación pactada, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 46 del C.S.T. se le informó a la demandante la no prorroga de su contrato laboral, oportunidad para la cual no presentaba o acreditaba alguna condición que permitiera considerarla como protegida legalmente por debilidad manifiesta. Adicionalmente advierte que la terminación del contrato de trabajo finalizó por un modo legal, el cual es el vencimiento del plazo fijo pactado. Respecto a las pretensiones subsidiarias, sostuvo que, no resulta procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa, en la medida que la relación laboral terminó por vencimiento del plazo fijo pactado, habiendo sido preavisada la trabajadora en debida forma.

Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 9 y 18, relacionados con que el accidente de trabajo padecido por la demandante fue reportado a la ARL Seguros Bolívar y que, en virtud de la orden impartida dentro de acción de tutela, la señora Ariza fue reintegrada el 15 de febrero de 2019 (Expediente digital, PDF 02Expediente FLS 67 - 128).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 15 de marzo de 2023, en la que la falladora absolvió a la encartada de todas y cada una de las súplicas de la demanda, impetradas por el demandante.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que no se encontraba en discusión que entre las partes fue suscrito contrato de trabajo a término fijo, el cual estuvo vigente entre el 23 de noviembre de 2015 al 22 de noviembre de 2018, en el cual la demandante desempeño el cargo de auxiliar de cocina, devengando como salario un mínimo, conforme se acredita con la certificación laboral, contrato de trabajo y carta de no renovación del contrato, sumado a que estos hechos fueron aceptados en la contestación de la demanda. Tampoco fue objeto de controversia que el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, en sentencia 12 de febrero de 2019, concedió en forma transitoria el amparo constitucional solicitado por la señora Ariza, ordenando su reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, otorgándole a la demandante 4 meses para acudir a la jurisdicción ordinaria, decisión que fue confirmada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito en providencia del 19 de marzo de 2019, razón por la que fue reintegrada el 15 de febrero de 2019.

En lo atinente a la estabilidad laboral reforzada adujo que, se encontraba acreditado que 3 de mayo de 2018, la demandante sufrió un accidente de trabajo, el que fue reportado

a la ARL Seguros Bolívar, como consecuencia de ello, fue diagnosticada con contusión de cadera y muslo, que le ocasionó incapacidad médica para los días el 4 y 5 del mismo mes y año; adicional a ello, y por esta misma causa, fue remitida a fisioterapia, el 5 de julio de 2018 recibió recomendaciones laborales y extralaborales por 30 días y el 17 de septiembre de 2018, le fue otorgada incapacidad por 2 días generados por esguince y torcedura de la rodilla debió a este accidente laboral.

A su vez, sostuvo que, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo la demandante empezó a ser valorada por medicina laboral y clínica del dolor, continuó con fisioterapias y atención de ortopedia de hombro; fue diagnosticada por la ARL Bolívar con síndrome de manguito rotador, razón por la que el 19 de febrero de 2019 le fue practicado procedimiento denominado "satura del manguito rotador, sinovectomía de hombro total por artroscopia", recibiendo incapacidades desde el 19 de febrero al 19 de julio de 2019. Igualmente, encontró acreditado que a través de dictamen de fecha 26 de julio de 2019, la ARL determinó una pérdida de capacidad laboral del 15.45%, catalogando sus patologías como de origen laboral, con fecha de estructuración de 2 de mayo de 2018, producto del accidente de trabajo acaecido, debido a la objeción presentada por la demandada, la Junta Regional de Invalidez de Bogotá, determinó un 0% de pérdida de capacidad laboral, decisión que fue objeto de apelación, recurso que fue resuelto por parte de la Junta Nacional de Invalidez el 9 de julio de 2022, en la que se calificó los diagnósticos con un 16.45% de PCL, calificados como de origen laboral por el accidente de trabajo, con fecha de estructuración 20 de enero de 2020.

Reseñó que, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, su representante legal había aceptado que la señora Ariza en el mes de mayo de 2018, presentó una caída leve, incidente que fue reportado a la ARL y que, como consecuencia de ello, recibió 2 día de incapacidad y luego otros 15 días, a pesar de lo anterior, había aclarado que para la fecha de la terminación del contrato la trabajadora no contaba con incapacidades, restricciones o recomendaciones médicas, dado que estas solo fueron emitidas con posterioridad en la fecha en que se produjo el reintegro. De igual forma, reseñó que también había sido objeto de aceptación el porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado por la ARL.

Por lo anterior, encontró acreditado que, el 3 de mayo de 2018 la demandante presentó incidente laboral, que le generó molestias en su estado de salud, debido a ello, empezó tratamiento médico, el cual fue objeto de conocimiento de su empleador, en vista que esta empresa aportó las incapacidades médicas y fue quien reportó el accidente de trabajo, que a pesar de lo anterior, la promotora de la litis no demostró encontrarse cobijada por estabilidad laboral reforzada, pues a la fecha de terminación del vínculo contractual no se encontraba incapacitada, en situación de discapacidad o debilidad manifiesta, que la hiciera beneficiaria de la Ley 361 de 1997. Aunado a ello, argumenta que los dictámenes emitidos por la ARL Seguros Bolívar, las Juntas Regional y Nacional de Calificación de invalidez, fueron practicadas con posterioridad a la terminación del contrato, al punto que la fecha de estructuración fue determinada el 20 de enero de 2020, por lo que resultaba claro que al finiquito del vínculo no contaba con una pérdida de capacidad laboral superior al 15%. Afirmó que, aunque se hubiese demostrado dicho estado, ello no modificaría la decisión, debido a que el rompimiento del vínculo no obedeció al estado de salud de la trabajadora, por lo que no se requería autorización del Ministerio de Trabajo.

Al estudiar la pretensión subsidiaria, recordó que a la trabajadora le correspondía demostrar el hecho del despido y a su turno era el empleador quien debía acreditar los motivos en los que fundó la decisión de finalizar el contrato de trabajo. De acuerdo con ello, consideró que por la modalidad del contrato de trabajo suscrito, éste se prorrogó en tres oportunidades y se renovó por periodos de 1 año, extendiéndose hasta el 22 de

noviembre de 2018, por lo tanto, la decisión de no prorrogar el contrato a partir de esta data, fue comunicada oportunamente a la trabajadora, esto es el 19 de octubre de dicha data, lo anterior en los términos del artículo 46 del C.S.T., por lo que resultaba claro que el contrato finalizó por vencimiento del termino inicialmente pactado, resultando improcedente la indemnización solicitada, debido a que el preaviso fue presentado en la oportunidad correspondiente.

**3. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que, se encuentra demostrado el estado de debilidad manifiesta, pues padece de contusión de hombro y del brazo, esquinces y torceduras de rodilla, lo que le impide realizar las labores para las cuales estaba capacitada, a su vez indica que, para el momento del despido se encontraba en tratamiento médico derivado de un accidente de trabajo, que le había generado varias incapacidades médicas, así mismo, se encontraba en estudios para determinar la procedencia de la cirugía de hombro, con pleno conocimiento del empleador, por lo tanto, para el momento del despido presentaba mengua y limitación en su estado de salud, producto de un accidente de trabajo.

Adicionalmente argumentó que, no se había tenido en cuenta de manera integral el dictamen de pérdida de capacidad laboral elaborado por la aseguradora y la Junta Nacional de Calificación de invalidez, los cuales demuestran la pérdida de capacidad laboral de la demandante del 16.45% como consecuencia de un accidente de trabajo, prueba que indudablemente demuestra la mengua en el estado de salud al momento del despido, lo que la hace merecedora de la estabilidad laboral reforzada solicitada.

Enfatiza que el despido, se realizó debido al estado de salud de la demandante, como quiera que no había sido demostrada una causal objetiva para finalizar el contrato, en vista que luego de 3 prorrogas, coincidentalmente, y luego de la ocurrencia del accidente de trabajo, se le finalizó su contrato de trabajo. Ahora, al encontrarse la trabajadora en estado de debilidad manifiesta, la empresa omitió solicitar el permiso al Ministerio de Trabajo. De igual forma, afirmó que se tuvo en cuenta el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales, en donde se ha establecido que no se requiere calificación previa para conceder el amparo de estabilidad laboral reforzada, que tampoco es necesario acreditar el estado de discapacidad o realizar la inscripción de este estado en una EPS o entidad de seguridad social.

Finalmente, manifiesta que con el despido se le impidió a la demandante continuar con su tratamiento médico, por lo que solicite que se revoque en su integridad el fallo proferido.

**5. Alegatos de conclusión.** La encartada alega en su favor que la actora no logró demostrar condición alguna que le permita gozar del fuero de estabilidad laboral pretendida y por tanto pide se confirme la decisión de primera instancia.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** 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 expuesta por el recurrente.

**2. Problemas jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato

se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso positivo, (ii) ¿Tiene derecho al pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

**3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos.** Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y la labor que efectuó el actor al momento en que fue finalizado el nexo contractual.

**4. Estabilidad laboral reforzada.** En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Mercados Romi S.A. actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible recurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 22 de noviembre de 2018.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fija algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido <sup>1</sup> .  (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.

<sup>2</sup> T-589 de 2017.

	<p>(c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico<sup>3</sup>.</p> <p>(d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido<sup>4</sup>.</p>
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	<p>(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental<sup>5</sup>.</p> <p>(b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad<sup>6</sup>.</p> <p>(c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL<sup>7</sup>.</p>
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	<p>(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%<sup>8</sup>.</p> <p>(b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto<sup>9</sup>.</p>

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- "1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.*
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.*
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.*
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.*
- 5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.*
- 6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.*

<sup>3</sup> T-284 de 2019.  
<sup>4</sup> T-118 de 2019.  
<sup>5</sup> T-372 de 2012.  
<sup>6</sup> T-494 de 2018.  
<sup>7</sup> T-041 de 2019.  
<sup>8</sup> T-116 de 2013.  
<sup>9</sup> T-703 de 2016.



*7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador”<sup>10</sup>.*

Adicionalmente, debe decirse que en sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló en ambas providencias que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *“la presunción de desvinculación laboral discriminatoria”*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *“en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.”*

**4.1. Caso en concreto.** En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 22 de noviembre de 2018, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las lesiones “Contusión del hombro y el brazo derecho, esguinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales de la rodilla izquierda” causadas como consecuencia directa del accidente de trabajo de la que fue objeto el 3 de mayo de 2018, y en razón a ello, recibió tratamiento médico a partir de esta data, por diferentes especialidades, entre ellas, medicina general, ortopedia, traumatología y fisioterapia, especialidades que ordenaron en múltiples ocasiones analgésicos, incapacidad médica, terapia física, y recomendaciones generales, tal y como da cuenta el resumen de historia clínica allegada al plenario. (Expediente digital, PDF 01Expediente FLS 1-67, págs. 39 a 57, PDF 02Expediente FLS 67-128, págs. 70 a 71).

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que las lesiones sufridas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que con posterioridad al desahucio laboral se calificó el origen de estas y de otras patologías que fueron denominadas “quiste sinovial del hueso poplíteo” y “síndrome de manquito rotatorio”, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen N° 51916566 – 11316 del 9 de junio de 2022, cuya base científica se cimentó a partir de las evidencias médicas registradas a partir del 6 de mayo de 2018, fecha para la cual se encontraba vigente aun el contrato de trabajo, con el que se demuestra que la actora

<sup>10</sup> T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

cuenta con una mengua laboral del 16.45% y fecha de estructuración 28 de enero de 2020, debido a los diagnósticos de contusión del hombro y el brazo derecho, esguinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales (externos) (internos) de la rodilla izquierda, síndrome de manquito rotatorio, catalogados como de origen accidente de trabajo y quiste sinovial del hueso poplíteo (de braker), sin determinación de origen.

Así las cosas, los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afectación en su estado de salud, situación que le impedía o dificultaba ejecutar la labor en condiciones regulares o habituales para su oficio, pues no de otra forma se entiende que para para el finiquito del contrato de trabajo se encontrara en tratamiento y controles médicos las secuelas causadas con ocasión incidente de orden laboral, por las cuales se hallaba en proceso de rehabilitación y de calificación; intelección ésta que no puede ser desestimada o echada de menos porque el actor al momento de la finalización del vínculo laboral no tuviera calificado un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de auxiliar de cocina, como erradamente lo coligió la Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, pues siguiendo los derroteros expuestos por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

Todo lo anterior permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impiden o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud y en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral de las patologías contusión del hombro y el brazo derecho, esguinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales (externos) (internos) de la rodilla izquierda, síndrome de manquito rotatorio, catalogados como de origen accidente de trabajo y quiste sinovial del hueso poplíteo (de braker), lo cual desencadenó a que con posterioridad se determinará una pérdida de capacidad laboral del 16.45% y si bien tal porcentaje fue definido con posterioridad al desahucio laboral, las evidencias médicas que llevaron al calificador a fijar tal mengua provinieron del historial médico registrado con anterioridad al 22 de noviembre de 2018, inclusive, con ocasión de las secuelas producidas en el accidente laboral, por lo que es claro que presentaba dificultad al ejecutar su labor; (iii) tanto la ocurrencia de infortunio laboral desatado el 3 de mayo de 2018, así como sus secuelas, fueron conocidas por el empleador hoy demandado, en tanto, reportó la ocurrencia del accidente, le fueron puestas en su conocimiento las incapacidades generadas a causa de este imprevisto, aspecto que valga la pena precisar no fue un hecho desconocido por esta en la contestación de la demanda.

Las anteriores consideraciones, conllevan a presumir que el finiquito del vínculo laboral de la promotora del juicio, tuvo lugar por los quebrantos de salud por ella padecidos, correspondiéndole entonces a la enjuiciada demostrar que la terminación del mismo, se produjo por una causa objetiva, es así como, verificada la carta de terminación que el empleador puso de presente a la trabajadora, se desprende que la finalización del laborío se edificó bajo lo dispuesto en el literal c) del artículo 61 del CST, esto es, por expiración del plazo fijo pactado, presentando para el efecto, el preaviso del artículo 46 ibidem.

Para efectos de determinar lo anterior, tenemos que el contrato de trabajo suscrito entre las partes, fue a término fijo inferior a un año, por un periodo de 6 meses, el que inició el 23 de noviembre de 2015 y al no haberse terminado mediante aviso escrito, se prorroga por un periodo igual, es decir del 23 de mayo de 2016 al 22 de noviembre de esta

anualidad, fecha en la cual opera la primera prórroga; la segunda prórroga debe entenderse del 23 de noviembre de 2016 hasta el 22 de mayo de 2017, y la última prórroga se entiende del 23 del mismo mes y año hasta el 22 de noviembre de 2017, fecha a partir de la cual se entienden las prórrogas sucesivas por año a las que alude el numeral 2 del art. 46 del CST; es así como el contrato de trabajo se entiende renovado del 23 de noviembre de 2017 al 22 de noviembre de 2018, siendo ello así, el empleador en los términos del numeral 1 del artículo 46 del C.S.T., avisó por escrito a la promotora de la contienda, con una anticipación de 30 días, la terminación del vínculo contractual a partir del 22 de noviembre de 2018, por expiración del plazo fijo pactado (Expediente digital, PDF 02Expediente FLS 67-128, págs. 62, 63 y 73).

Conforme lo anterior, si bien la sociedad demandada esgrimió una causa legal de terminación del contrato de trabajo, también lo es que, se debió solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para su culminación, pues a pesar de no contar la trabajadora para esta data, con recomendaciones o incapacidades médicas, si se encontraba en controles médicos para el tratamiento de las lesiones y las secuelas generadas con ocasión del accidente de trabajo referido en múltiples ocasiones en esta providencia, siendo claro entonces que para el 22 de noviembre de 2018, los diagnósticos de contusión del hombro y el brazo derecho, esguinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales (externos) (internos) de la rodilla izquierda, síndrome de manquito rotatorio, catalogados como de origen accidente de trabajo y quiste sinovial del hueso poplíteo (de braker), no habían desaparecido, contrario a ello persistieron en la humanidad de señora Ariza, al punto que, posterioridad a esta calenda presentó incapacidades prolongadas desde el 19 de febrero al 19 de julio de 2019, continuó con tratamiento de medicina laboral, clínica del dolor, ortopedia, traumatología y fisioterapias, (Expediente digital, PDF 01Expediente FLS 1-67, págs. 58 a 73 y PDF 02Expediente FLS 67-128, págs. 1 a 6), inclusive generan un pérdida de capacidad considerable, tal y como fue advertido en precedencia.

Ahora, sí la Sala pasará por alto ese aspecto y diera por sentado que el contrato terminó por la expiración del plazo fijo pactado, esto es bajo una causal legal, la conclusión no sería distinta, pues, como se dijo en líneas precedentes, la demandante contaba con una especial protección constitucional debido a su condición de salud, conocida durante el decurso laboral por el empleador, por lo que la estabilidad laboral reforzada adquiere la connotación de ser un derecho cierto y en esa medida no podía ser objeto de desconocimiento por la encartada.

Es preciso indicar que sentencia C-531 de 2000, declaró condicionalmente exequible un aparte del artículo 26 de la ley 361 de 1996, bajo el entendido que el despido o la **terminación del contrato** de trabajo por razón de la limitación del trabajador "*no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización*". Al respecto, se debe hacer notar que el artículo 26 de la ley 361 de 1997 no solo indica que se requiere del permiso del Ministerio del Trabajo en los casos de despido de trabajador, sino que es también obligación del empleador contar con su autorización cuando se pretenda terminar el vínculo laboral del trabajador sujeto de protección por la aludida causa. Tenemos que por expreso mandato Constitucional y legal era deber del empleador solicitar y obtener por parte de la oficina de trabajo hoy Ministerio de Trabajo, permiso para terminar el contrato de trabajo de la promotora de la litis, situación que en el caso de autos no se evidencia, pues, no obra dentro del plenario constancia de trámite ante la entidad administrativa.

Conforme a lo expuesto, corresponde entonces revocar la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo del 22 de noviembre de 2018.

Ahora bien, en sede de tutela, el Juzgado Decimo Civil Municipal de Bogotá el 12 de febrero de 2019, dispuso el reintegro transitorio de la accionante, sentencia que fue confirmada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito en sentencia del 19 de marzo de la misma anualidad (Expediente digital, PDF 02Expediente FLS 67-128, págs. 7 a 20), razón por la cual, Mercados Romi S.A. el 15 de febrero de 2019 reintegró a la trabajadora a partir del 15 de febrero de 2019, en el cargo de auxiliar de cocina, y con las funciones señaladas en el acta de cumplimiento de fallo de tutela (Expediente digital, PDF 03Expediente FLS 128 a 194, págs. 26 a 28).

Teniendo en cuenta que el amparo constitucional fue concedido de manera transitoria, conforme con lo expuesto en esta providencia, se debe disponer que se restituyan las cosas al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo, para lo cual resulta indispensable el consecuente **reintegro definitivo** de la trabajadora al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud.

En esa medida, sería del caso ordenar el pago de los salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha de desvinculación, hasta que se hizo efectivo su reintegro, de no ser porque, la enjuiciada en cumplimiento de la sentencia de tutela, realizó el pago de estos emolumentos a través de cheque número 2910188 por valor de \$2`397.500, el que fue recibido a satisfacción por el extremo activo de este juicio, aunado a que estos documentos no han sido desconocidos por esta parte (Expediente digital, PDF 03Expediente FLS 128 a 194, págs. 29 a 30).

A pesar de lo anterior, si se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará, previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

**5. Excepción de prescripción.** 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.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama la demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 22 de noviembre de 2018 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 10 de junio de 2019, conforme da cuenta acta de reparto, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

**6. Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).** En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "*sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

*"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra*

*prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.<sup>[95]</sup> De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.” (SU-049 de 2017)*

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$4`687.452**, teniendo como salario el mínimo legal mensual vigente para el año 2018, esto es, **\$781.242**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2018	\$781.242	180	\$4`687.452
Total			<b>\$4`687.452</b>

**7. Indexación.** Este valor deberá ser indexado desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el 23 de noviembre de 2018 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

**8. Costas.** En ambas instancias a cargo de Mercados Romi S.A. y en favor de Luz Yaneth Ariza Carrillo.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 15 de marzo de 2023, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral, por lo que debe proceder a reintegrar definitivamente a la trabajadora al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud, conforme a lo considerado.

**SEGUNDO: CONDENAR a MERCADOS ROMI S.A.** a pagar a **LUZ YANET ARIZA CARRILLO** la suma de **\$4`687.452** por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, que deberá cancelar debidamente **indexada**.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en ambas instancias. Las de primera tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada  
(Salva voto)




**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado  
(Aclara Voto)

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

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **LUZ YANET ARIZA CARRILLO** y a cargo de la demandada en la suma de \$1`160.000.



**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:** CLAUDIA ALEJANDRA JIMÉNEZ MALDONADO  
**Demandados:** COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.  
**Radicación:** 110013105-007-2019-00656-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Claudia Alejandra Jiménez Maldonado instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de su vinculación al RAIS efectuada con la AFP Porvenir S.A. el 10 de septiembre de 1998 y posteriormente con la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. por cuanto existió error de hecho que vició su consentimiento, y en consecuencia, se declare que nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS y se encuentra afiliada a Colpensiones; por todo lo anterior, pretende que se condene a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida a estas administradoras por la indebida información suministrada al momento de la afiliación; que se condene a Colpensiones a registrar y activar su afiliación en el RPMPD; que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figure en su cuenta de ahorro individual, que consiste en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, entre otros y que posterior a ello, Colpensiones actualice en su historia laboral las cotizaciones efectuadas en el RAIS; al pago de intereses moratorios a cargo de Colpensiones, lo ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 31 de marzo de 1964, laboró con la empleadora Edelmira Matiz de Lo, desde el 03 de enero de 1985 hasta el 31 de noviembre de 1987, cotizando 128.86 semanas, también prestó sus servicios en el ICBF Regional Bogotá, cotizando en la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL un total de 340.5 semanas. A su vez, reseñó que el 10 de septiembre de 1998 se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., entidad que no le brindó una asesoría veraz, transparente y completa sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas del RAIS; el 18 de enero de 1999 se trasladó a la AFP Skandia S.A. quien tampoco le brindó asesoría correspondiente; que el 23 de mayo de 2019 la demandante radicó ante Porvenir S.A. la solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPMPD, petición que fue contestada de manera negativa el 24 de julio del 2019.

Adicionalmente reseña que, el 28 de mayo de 2019, radicó ante Skandia S.A. la solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPMPD, petición que se negó el 17 de junio del 2019; el 23 de mayo del 2019 se radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPMPD, solicitud que fue respondida de manera negativa por parte de la entidad el 30 de mayo del 2019. (Expediente electrónico, PDF, cuaderno electrónico, demanda, Pag. 2 a 28)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 08NotificaciónAgencia); 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 la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error debido a la falta de información por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. A su vez, reseña que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante, por el contrario, se observa que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, sin que se dejara constancia de constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, sostiene que, en el presente caso la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 del 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 e innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoFísico, pág. 154-185)

**3.2 Skandia S.A.:** La llamada a juicio respondió la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación entre la demandante y Skandia S.A. goza plena validez ante la ley, por tanto, se puede afirmar que el traslado de AFP realizado por la demandante no presenta ningún vicio en el consentimiento, pues fue un acto voluntario con el respectivo fondo, el cual estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del Código Civil, por lo que precisó que, la elección libre y voluntaria de la demandante se materializa con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. De otro lado, señala que al momento de la afiliación con la AFP Skandia S.A. la afiliada tenía previo conocimiento de las características del RAIS, debido a que la afiliación con este fondo se realizó de manera horizontal. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoFísico pág. 193-211 contestación Skandia S.A.)

**3.3. AFP Porvenir S.A.:** La AFP se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda y que recaigan sobre este fondo, argumentando que la demandante no allegó pruebas sumarias de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación; adicional a ello recordó la AFP que no es posible solicitar la nulidad invocando un requisito que no existía a cargo de la AFP para la fecha del traslado, pues, dicho deber sólo pudo nacer a la luz de la Ley 1328 de 2009, por este motivo no se incumplió con ningún deber profesional; así las cosas, la afiliación no solo se realizó de manera libre y voluntaria, sino que, por demás, se tiene que la demandante al interior del RAIS realizó diversos traslados



entre AFP, y cotizó de manera ininterrumpida, lo que acredita su voluntad y conocimiento en relación con las condiciones y características del régimen pensional. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como 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 01CuadernoFísico pág. 235-254).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 21 de febrero del 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A.; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD; ordenó a Skandia S.A. y a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; para el cumplimiento de esta orden fue concedido a los fondos demandados el término de 30 días contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento al superior, para que presenten un informe debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos del IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante; ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones interpuestas por las demandadas; se condenó en costas a todos los demandados.

El quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-4974 del 2018, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, el a quo consideró que PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. no lograron demostrar que hayan informado a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de las AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución por parte de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

**5.1 Colpensiones** Interpuso recurso de apelación argumentando que en el expediente no obraba prueba alguna que demuestre la existencia de vicios del consentimiento al

momento de realizada la afiliación de la demandante al RAIS, en realidad lo que hay en el caso particular es un error de derecho, el cual por sí solo no puede generar la declaratoria de la ineficacia; argumenta que, en estos procesos hay una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, toda vez que deja que la carga probatoria recaiga sobre la AFP, privando de toda responsabilidad al demandante quien no tiene la obligación de demostrar que se encontraba frente a un vicio del consentimiento, tales como el error, la fuerza o el dolo, al momento de realizar la afiliación a un fondo privado; de otra parte, resalta que la afiliada tenía el deber de informarse sobre las características del RAIS, y que de igual manera, el silencio de la demandante durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS no hace más que perpetuar el deseo de la afiliada a permanecer en dicho régimen; a su vez, la declaratoria de ineficacia crea una grave descapitalización del sistema pensional, afectando de esta forma a los demás afiliados del RPMPD; finalmente, sostuvo que, la condena en costas es inconstitucional, toda vez que, Colpensiones no participó directamente en el acto que desencadena la demanda.

**5.2 Porvenir S.A.** Solicita que se revoque de manera integral la decisión de instancia, debido a que, si bien, existe un precedente jurisprudencial, este no puede ser aplicado de manera homogénea a todos los casos, y para el caso particular el mismo no aplica, debido a que la AFP cumplió con los requisitos que solicitaba la ley para el año en el que se realizó la afiliación; aunado lo anterior, la demandante al ser graduada en derecho y al conocer plenamente las leyes, podía verificar la información sobre los regímenes pensionales contenidos en la Ley 100 de 1993. De otro lado, resalta que la firma de los formularios de traslado fue suscritos por la demandante manera libre, voluntaria y sin ninguna clase de vicio de conocimiento y previo habersele brindado la información correspondiente. También consideró que, no resulta procedente la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, como quiera que, los descuento por estos conceptos se encuentran autorizados en la Ley 100 de 1993, sumado al hecho que, los mismos fueron invertidos y no se encuentran en su poder. Para finalizar, afirma que no hay lugar a que estos valores sean indexados, como quiera que, se estaría incurriendo en una doble condena, pues, también se ordena la devolución de los rendimientos financieros, con los cuales se podría llegar a cubrir la devaluación de la moneda.

**5.3 Skandia S.A.** Interpone recurso de apelación parcial, solicitando que se revoque el numeral tercero de la sentencia objeto de censura, teniendo en cuenta para ello que, la Ley 100 de 1994 y el Decreto 692 de 1994, señala la forma de distribución de las cotizaciones, por lo tanto, el 3 % en ambos regímenes se destinan a cubrir esencialmente, los gastos de administración y el pago de las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, por ello, ordenar su reintegro es una violación del principio de la buena fe, confianza legítima y debido proceso. Arguye que no resulta acertado ordenar la devolución de estos conceptos a Colpensiones, debido a que las mismas generaron rendimientos, beneficiando a la afiliada; dentro de las obligaciones de los fondos, se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima a los afiliados en sus cuentas de ahorro individual, por lo que resulta incompatible ordenar su indexación, pues los recursos de la afiliada nunca se vieron afectados por la inflación, contrario a ello, generaron rendimientos financieros.

**6. Alegatos de conclusión.** Las entidades impugnantes Colpensiones y Porvenir S.A., al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto. Así mismo, la parte demandante solicita se mantenga la decisión de primera instancia por haberse logrado demostrar la configuración del derecho a que se declare la ineficacia del traslado de régimen.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

**2. Problema jurídico.** 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) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?, y (vii) ¿hay lugar a la imposición de costas en primera instancia a cargo de Colpensiones?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que la señora CLAUDIA ALEJANDRA JIMÉNEZ MALDONADO se afilió al ISS, hoy Colpensiones, el 03 de enero de 1985, y que realizó cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1987 (Expediente electrónico, PDF CuadernoFísico, pág. 34-35 Historia laboral Colpensiones); que cotizó desde el 14 de julio de 1993 hasta el 30 de abril de 1996 en la en la caja nacional de previsión social CAJANAL (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág. 47-51 Historia laboral); que el 10 de septiembre de 1998 realizó la solicitud para la vinculación al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PDF CuadernoFísico, pág. 52-53 Solicitud de vinculación); realizando cotizaciones desde el 09 de diciembre de 1998, hasta el 04 de marzo de 1999 (Expediente electrónico, PDF CuadernoFísico pág. 224 historia laboral Skandia S.A.); que el 06 de abril de 1999 comenzó a cotizar en Old Mutual, hoy Skandia S.A. realizando cotizaciones hasta el 06 de marzo del 2002 (Expediente electrónico, PDF CuadernoFísico pág. 224-225 historia laboral Skandia S.A.); que el 20 de marzo del 2002 se trasladó nuevamente a la AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág. 56 Comunicado Skandia S.A.); Entidad en la cual permanece actualmente según historia laboral de Porvenir. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág. 39 -46, 256, 259 a 282 historia laboral Porvenir S.A. e histórico de vinculaciones).

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en

la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 10 de septiembre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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

**6. 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.

**7. 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 9 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 PORVENIR S.A. en el año 1998, 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 del 10 de septiembre de 1998, 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.

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

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

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

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

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

En este punto es necesario precisar que la accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir eventualmente que es la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones

económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 45 años de edad, por haber nacido el 31 de marzo de 1964, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirada o desafiliada del Régimen de prima media antes de dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP 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 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-).

**10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, 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, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

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

Además se debe precisar que, 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.

**11. 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.

**12. Costas en primera instancia.** Frente a las costas, el artículo 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 el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aún cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

**13. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de las AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

## DECISIÓN

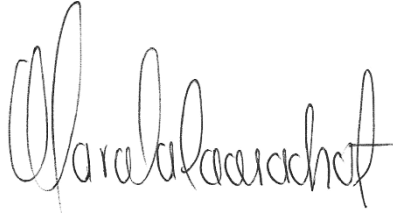
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de febrero 2023, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrado

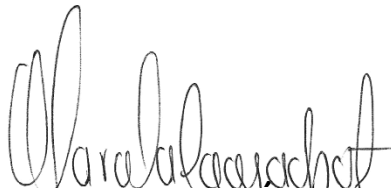


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

-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 PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** JUAN DE JESÚS HERNÁNDEZ MARTÍNEZ  
**Demandados:** COLPENSIONES, SKANDIA S.A. Y COLFONDOS S.A.  
**Radicación:** 110013105-039-2020-00223-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Juan de Jesús Hernández Martínez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFP Skandia S.A. y Colfondos S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la vinculación del demandante al RAIS con la AFP Colfondos S.A. y como consecuencia de ello que la AFP Skandia S.A. ordene el traslado del demandante del RAIS al RPMPD y que a su vez haga envío del saldo total ahorrado del accionante en su cuenta de ahorro individual; que se declare que Skandia S.A. debe reconocer y pagar al demandante la suma de 50 SMVM como consecuencia de la conducta atentaria contra el derecho pensional del accionante ya que no le proporcionó una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad; declarar que Skandia S.A. debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional del demandante junto con los gastos de administración y el traslado del demandante a Colpensiones; condenar a Colfondos S.A. a aceptar la ineficacia de la afiliación al RAIS del demandante; que se declare que Porvenir S.A. debe reconocer y pagar al demandante la suma de 50 SMVM como consecuencia de la conducta atentaria contra el derecho pensional del accionante ya que no le proporcionó una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad; condenar a Colpensiones a recibir los aportes enviados de las AFP demandadas, y al demandante en el RPMPD; lo ultra y extra petita; las agencias y costas en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante estuvo vinculado al ISS, hoy Colpensiones; que en abril de 1996 se trasladó al RAIS por medio de la AFP Colfondos S.A.; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A.; que realizó un traslado horizontal a la AFP Skandia S.A.; que en sus múltiples traslados de AFP no se le brindó una asesoría veraz, transparente y completa sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas del RAIS; que el 21 de febrero del 2020 solicitó ante Skandia S.A. la desvinculación del RAIS por ser la última AFP en la que se encuentra vinculado el

demandante, petición que le fue negada; que el 24 de febrero del 2020 solicitó a Colpensiones la afiliación al RPMPD. (Expediente electrónico, PDF 01, Pág. 2 a 22 Demanda)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 12, notificación agencia nacional); 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 la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda, argumentando que, dentro del expediente no obra prueba alguna que acredite que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error debido a la falta de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante, y que al contrario se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente informa que en el caso que se presenta, la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 del 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. 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 RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF. 10 pág.03-25 contestación Colpensiones).

**3.2 Skandia S.A.:** La llamada a juicio respondió la demanda oponiéndose a la declaración de la libertad del demandante para afiliarse al RPMPD administrado por Colpensiones toda vez que su afiliación con Skandia S.A. se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico Colombiano, proporcionando al demandante toda la información para que él mismo tomara la decisión consciente de afiliarse; que se acredita en las documentales adjuntas a la contestación que Skandia S.A. cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la superintendencia financiera, por lo que no resulta procedente reintegrar la comisión de administración cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación del demandante, la AFP cumplió con cada una de ellas y las actuaciones estuvieron dentro del marco de la buena fe. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó como Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, inexistencia de la violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica. (Expediente electrónico, PDF. 11 pág.03 -25 contestación Skandia S.A.)

**3.3. Colfondos S.A.:** La AFP presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda argumentando que al momento de la vinculación del demandante a la AFP se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional y entre AFPs, en esta asesoría se le pusieron de presente las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de

rentabilidad que produce los aportes en dicho régimen; que en cuanto a declarar la nulidad estipulan los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 como elementos que hicieran nula una afiliación a sistema general de pensiones, en primer lugar, que la suscripción de la vinculación no provenga del afiliado, lo cual para el caso presente, no ocurrió, pues fue el demandante quien de su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A. así como lo expresa el formulario de afiliación; que el demandante en la demanda no acredita perjuicio alguno para que se le otorgue la indemnización de daños y perjuicios; como excepciones de fondo interpuso las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a la AFP administrada por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF. 13 pág. 03-21 contestación Colfondos S.A.)

**3.4 Porvenir S.A.** El Juzgado cognicente, en proveído del 15 de febrero de 2022, dispuso la vinculación de esta entidad, llamada a juicio que se opuso a todas y cada una de las peticiones en la demanda, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Sostiene que no existe ninguna causal que permita declarar la ineficacia de la afiliación a dicho régimen, pues el acto de traslado goza de plena validez por haberse efectuado conforme a las disposiciones legales vigentes para la época; que el demandante en los hechos lo que hace es alegar la propia culpa en su beneficio, toda vez que, el demandante podía cotejar y ampliar la información que le fue suministrada al momento en el que se produjo el traslado de régimen; así mismo, señala que no es viable que el demandante alegue su inconformidad transcurridos 25 años de su traslado inicial de régimen pensional cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo; como excepciones de fondo propuso las que denominó como 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. 23 pág. 02-26 contestación Porvenir S.A.)

**3.5 Mapfre S.A.** La aseguradora llamada en garantía ni se opuso ni se allana a las declaraciones o pretensiones que tiene como sujeto pasivo de la relación materia debatida a las demandadas. Como excepciones a la demanda interpuso las que denominó como los actos jurídicos de afiliación al RAIS, y del posterior traslado horizontal, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad” sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación de los actos jurídicos de afiliación del demandante al RAIS y posterior traslado horizontal; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia y reconocimiento oficioso de excepciones; como contestación al llamamiento en garantía manifestó que en caso de una sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, al aducirse la relación material entre Skandia S.A. y Mapfre S.A. la misma se desestima y en forma expresa la aseguradora se opone a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con Mapfre S.A.; como excepciones del llamamiento en garantía propuso las que denominó como el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia, Mapfre no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devoluciones de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos

estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de las excepciones.

(Expediente electrónico, PDF. 29 pág. 02-27 contestación Mapfre S.A.)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 12 de abril del 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró que el traslado realizado por el demandante del RPMPD al RAIS a través de Colfondos S.A. en ineficaz, y por ende no produjo efecto alguno, situación que también se debe predicar de todas las afiliaciones que se realizaron al RAIS; condenó a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones los dineros que recibieron por comisiones, gasto o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir la orden, y los gastos y emolumentos que recibieron durante el tiempo que estuvo afiliado el demandante a Colfondos S.A.; condenó a Skandia S.A. a transferir a Colpensiones los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales en caso de haberse redimido; ordenó a Colpensiones a que reciba los dineros de las AFP demandadas y reactive la afiliación del demandante sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas; condenó en costas a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen; en ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, Colfondos quien fue la AFP que realizó el traslado inicial, no logró demostrar que le hubiese brindado al actor de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP.

De otro lado, consideró que si bien, se observaban traslados horizontales en RAIS por parte del accionante, este hecho no desestima la ineficacia del traslado y tampoco relevaban a las demandas para acreditar el deber de información. Manifestó que Skandia únicamente se encontraba obligada a devolver a Colpensiones, los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y bono pensional en caso de haberse redimido, en la medida que para junio de 2017, fecha en que el actor se trasladó a este fondo, el afiliado ya se encontraba inmerso en la prohibición de trasladarse de régimen y en ese medida, por más información o acompañamiento que hubiese podido brindar esta sociedad el actor no podía retornar al RPMPD, por ello, y al considerar que no se impartía condena en contra de esta AFP, no habría lugar a estudiarse el llamamiento en garantía.

En cuanto a la multa contemplada en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, como quiera que esta debe ser tramitado a través de un proceso administrativo y a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud, por lo que consideró que carecía de competencia para pronunciarse sobre este asunto. Finalmente, declaró no probada la

excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

**5.1 Colpensiones** Interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos para poder realizar el traslado, en la medida que no se demostró que las AFP lo hayan hecho incurrir en error que haga procedente la declaración de ineficacia de primera instancia, más aún cuando nunca manifestó inconformidad de permanecer en el RAIS.

**5.2 Porvenir S.A.** interpone recurso de apelación argumentando que si bien en las documentales no se allegan muchas pruebas de que al afiliado se le haya brindado una asesoría completa, lo cierto es que para la fecha en la cual se suscita la afiliación el demandante al RAIS no le era exigible a los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de vinculación presentado como prueba en la contestación de la demanda, formulario que debe recordarse que estuvo previamente aprobado por la superintendencia financiera de Colombia; que el demandante lo que hace es alegar su propia culpa a su beneficio toda vez que al momento del traslado el afiliado podía corroborar y ampliar la información entregada por los fondos a los que se encontraba afiliado; ahora bien, informa la AFP que si llegase a progresar la condena de primera instancia, pide que se revoque la obligación de pago de los gastos de administración y las sumas previsionales, toda vez que estos rubros no están llamados a financiar la pensión, pues tiene una destinación específica, la cual fue cumplida cabalmente por esta entidad. destinadas a cumplir los costos de la pensión. Finalmente declara que la indexación es improcedente, en la medida que el traslado de los rendimientos financieros se compensa frente a la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

**6. Alegatos de conclusión.** Las administradoras impugnantes alegan de conclusión confirmando los argumentos expuestos al apelar la sentencia de primera instancia. La llamada en garantía Mapfre Seguros alega en su favor el cumplimiento de las pólizas

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A 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, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** 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) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que el señor Juan De Jesús Hernández Martínez se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 01 de febrero de 1982, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1984 (Expediente electrónico, PDF. 10ContestacionColpensiones, Pág. 75-76 Historia laboral Colpensiones); que cotizó desde el 24 de octubre de 1997 al 23 de marzo de 1982 y del 1 de septiembre de 1987 al 31 de marzo de 1995 en la en la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL (Expediente electrónico, PDF 11ContestacionSkandia, págs. 53 a 55); que el 6 de marzo de 1995 se trasladó al RAIS por medio de la AFP Colfondos S.A. realizando cotizaciones hasta el 31 de mayo del 2001 (Expediente electrónico, PDF. 13, págs. 96 Historia de vinculaciones); que el 01 de junio de 2001 se trasladó a Horizonte, cotizando en esta AFP hasta el 31 de julio de 2002 (Expediente electrónico, PDF 23ContestacionPorvenir págs. 27-31 Historia laboral Porvenir S.A.); que el 01 de agosto de 2002 se trasladó a Porvenir, cotizando en esta AFP hasta el 30 de junio del 2017 (Expediente electrónico, PDF 23 págs. 40-44 Historia laboral Porvenir S.A.); que finalmente el 01 de julio de 2017 se trasladó a la AFP Skandia S.A., administradora de pensiones en la que permanece actualmente (Expediente electrónico, PDF 11ContestacionSkandia págs. 48-49 historia laboral Skandia S.A.).

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

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

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



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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es, el 06 de marzo de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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

**6. 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.

**7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información.** En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 Colfondos S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible 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 del 06 de marzo de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

**9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Respecto del asunto que gira en torno a que antes de afiliarse al RAIS venía cotizando a CAJANAL, debe señalarse que en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por Colpensiones.

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

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

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

En este punto es necesario precisar que la accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir eventualmente que es la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 51 años de edad, por haber nacido el 6 de mayo de 1958, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirada o desafiliada del Régimen de prima media antes de dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP 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 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-).

**10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, 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, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación, a pasar de ello, se deberá adicionar la sentencia, en el sentido de impartir condena en contra de Skandia S.A., por estos conceptos, en vista que esta AFP fue absuelta de estos conceptos.

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

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo,

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

**11. Llamamiento en garantía.** Ahora, como esta Sala en virtud del grado de consulta está ordenando a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a transferir a Colpensiones los porcentajes descontados de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de seguros previsionales, se entrará a resolver el llamamiento en garantía de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

En lo que hace al llamamiento en garantía, es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que este, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine quanon* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual deba sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice el actor; ello por sí solo no evidencia que dicha asegurada tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

Nótese que en la póliza allegada se registró como cobertura principal la de amparar la muerte e invalidez por riesgo común y auxilio funerario, de allí que solo corresponda la limitación del riesgo asumido que hizo la aseguradora al momento de celebrar el contrato de seguro. Es más, tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda servir para llamar a la citada aseguradora, pues no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía en su ejercicio, únicamente tiene a su cargo responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la póliza que se suscribió y que asumió por el pago de la prima correspondiente.

En ese sentido, es claro que habrá de absolverse a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., conforme lo anteriormente expuesto.

**12. 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.

**12. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de las AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

### 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** el numeral tercero de la sentencia proferida el 12 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta y nueve Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **SKANDIA S.A.** (durante el tiempo de permanencia del actor en esta AFP), traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

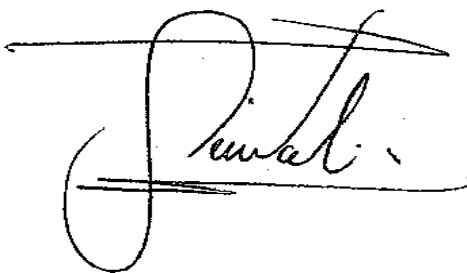
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia consultada y apelada, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de 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



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

Magistrada



**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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada





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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** AMPARO GARZÓN HERNANDEZ  
**Demandados:** COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
**Radicación:** 110013105-019-2019-00499-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Amparo Garzón Hernández instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Protección S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado a este fondo, por no habersele proporcionado información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse al RAIS; y en consecuencia de ello, se condene a la AFP demandada a trasladar los aportes cotizados en el RAIS y a su vez que Colpensiones acepte estos valores y la registre como su afiliada sin solución de continuidad; las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 02 de diciembre de 1987 cotizando allí 325.29 semanas, encontrándose afiliada al 1 de abril de 1994; sostiene que el 17 de octubre de 1998 se afilió al RAIS por medio de la AFP Protección S.A., administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada; que al momento de realizar el cambio de régimen pensional, no se le brindó una asesoría veraz, transparente y completa sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas del RAIS; que el 17 de mayo del 2019 presentó ante las demandante solicitud de traslado de régimen pensional, petición que fue negada por Colpensiones el 23 de mayo del 2019. (Expediente electrónico, PDF01Expedienteescaneado, Pág. 3 a 25)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF Expedienteescaneado, pág. 113); 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 la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que cuenta efectivamente que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error debido a la falta de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por error,

fuerza o dolo; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante, y que al contrario se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria. sin que se dejara observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente informa que en el presente caso, la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 del 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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, e innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 03 pág.01-36 contestación Colpensiones)

**3.2 Protección S.A.:** La llamada a juicio respondió la demanda oponiéndose a las declaraciones en las que se involucre directamente a la AFP y para ello ha argumentado que la afiliación del demandante al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que como prueba de ello obra el formulario de vinculación que suscribió la demandante, que dicho acto se realizó de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma la afiliación de la demandante, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la afiliada y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues reitera la entidad que se hizo de forma libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que la demandante no puede pretender la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que es un acto nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afectan los derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico pág.115-136 contestación Protección S.A.).

**3.3. Porvenir S.A.:** A través de providencia de fecha 21 de julio de 2021, se dispuso la vinculación de esta AFP, como litisconsorte necesaria por pasiva, quien se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda argumentando que la afiliación realizada por la parte demandante con Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación suscrita, por ello y conforme con lo anterior la demandada argumenta que al carecer las pretensiones de fundamento fáctico y jurídico no existe fundamento para que se imponga ninguna condena por parte del despacho a cargo de Porvenir S.A. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 02ContestacionPorvenir, pág. 01-17 contestación Porvenir S.A.)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 27 de enero del 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS administrada por Porvenir S.A. y realizado el 22 de julio de 1994; declaró válidamente vinculada a la demandante al RPMPD administrado por Colpensiones desde el 02 de diciembre de 1987 hasta la actualidad, como si nunca se hubiese trasladado y por lo mismo, siempre permaneció en el RPMPD; condenó a

Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones, sumas que deberán estar debidamente indexadas; que al momento de cumplirse la sentencia los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante. Por lo tanto, requirió a Colpensiones para que actualizara la historia laboral de la demandante; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones e impuso costas a Porvenir S.A.

El quo fundamentó su decisión en que se encontraba acreditado que la accionante nació el 20 de julio de 1965, que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 2 de diciembre de 1987 hasta el 21 de julio de 1994 y que a partir del 22 del mismo mes y año se trasladó al RAIS con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. y que posteriormente se trasladó a Davivir hoy Protección, en donde se encuentra actualmente vinculada.

De igual forma, sostuvo que la consecuencia jurídica de la falta del deber de información es la ineficacia o exclusión de los efectos jurídicos del traslado del régimen y no el de la nulidad. Por lo tanto, señaló que conforme la normatividad y jurisprudencia de la sala laboral del Corte Suprema de Justicia, han establecido que cuando se trata de los traslados en los regímenes pensionales, son las entidades las encargadas de garantizar a sus afiliados una decisión libre y voluntaria, que les permita elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, esto es que se les describan las características, condiciones e implicación del cambio de regímenes pensionales, señalando las ventajas y desventajas en forma objetiva de cada uno de ellos, ejercicio que debe ser riguroso pues de él dependen importantes intereses sociales, como es la protección de la vejez, la invalidez y la muerte. Que luego de valorar las pruebas oportunamente allegadas, no se logró acreditar por parte de Porvenir S.A., teniendo la carga de la prueba, que a la accionante se le haya brindado una información completa, veraz y oportuna, pues el único medio de convicción en que se soporta la defensa de esta AFP, fue el formulario de afiliación, el cual, si bien, se encuentra firmado por la demandante y en el cual se consigna que la afiliación se hace libre y voluntaria, esta no es suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información y mucho menos que el traslado haya estado precedido de una debida asesoría, concluyendo así que la afiliada no contó con consentimiento libre y voluntario al momento de su traslado.

Declaró como asegurador para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones desde el 2 de diciembre de 1987 hasta la actualidad, como si nunca se hubiese trasladado y que siempre permaneció en el RPM, ordenó la devolución de la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, intereses y comisiones sin que se descuenten los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima con destino a Colpensiones, debidamente indexados. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez que es de carácter imprescriptible.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por parte de Colpensiones, quien argumentó que, en el presente proceso no se avizora que haya algún vicio del consentimiento en el acto jurídico por medio del cual la afiliada realizó el traslado de régimen pensional, toda vez que el formulario de vinculación fue suscrito por ella de manera libre y voluntaria. Señala también que, la demandante recibió una asesoría completa sobre los beneficios y desventajas de realizar el traslado por parte de las AFPs

demandadas; resaltó que la demandante se encuentra actualmente en la prohibición de que trata el artículo 02 de la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, como quiera que se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho a recibir la pensión de vejez.

De otro lado, manifiesta que, en caso de confirmarse la sentencia recurrida, solicita se adicione la sentencia en el sentido de concederle a Colpensiones, la posibilidad de acudir a la vía judicial en contra de Porvenir en aras de obtener la indemnización por daños y perjuicios producto de tener que recibir a la demandante como afiliada y posteriormente como pensionada.

**6. Alegatos de conclusión.** Colpensiones alega en su favor, reafirmando los argumentos de la impugnación. Por su parte Porvenir S.A., solicita se revoque la decisión por haberse dado al actor información válida al momento del traslado. La parte actora solicita se mantenga la decisión de primera instancia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por 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 la recurrente, y se estudiará en consulta en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** 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) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que la señora Amparo Garzón Hernández se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 02 de diciembre de 1987, comenzando a cotizar desde el 2 de diciembre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1996 según historia laboral (Expediente electrónico, PDF 09ExpedienteAdministrativo, pág. 1-3); que el 22 de julio de

1994 comenzó a cotizar en Colpatría hoy Porvenir S.A. hasta el 31 de octubre de 1998 (Expediente electrónico, PDF 01expedienteescaneado, pág. 74-76 Historia laboral Protección S.A.); que finalmente se trasladó a la AFP ING hoy Protección comenzando a cotizar el 01 de noviembre de 1998 hasta la actualidad.(Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteEscaneado cuaderno electrónico pág. 76-87 Historia laboral Protección S.A.).

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
-------------------	---	---

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 22 de julio de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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

**6. 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.

**7. 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 9 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 Colpatria hoy Porvenir S.A. en el año 1994, 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 del 22 de julio de 1994, 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.

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

**9. 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 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-).

**10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus**



**propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 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 las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a las AFP Porvenir S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Aunado a ello, se ordenará que los mismos sean devueltos 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.

Ahora, en relación a la solicitud elevada por la recurrente, relacionada con la adición de la sentencia a fin de concederle a Colpensiones, la posibilidad de acudir a la vía judicial en contra de Porvenir, en aras de obtener la reparación de los perjuicios causados con la presente decisión, debe indicar esta colegiatura que, en caso de estimar la entidad pública que le asiste derecho a exigir la indemnización de perjuicios por parte de los fondos convocados a esta contienda, para el ejercicio del derecho de acción no requiere de mandato judicial que así lo ordene o lo autorice, por tal razón, se desestimaré este pedimento.

**11. 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.

**12. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

### 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** el numeral tercero de la sentencia proferida el 27 de enero del 2023, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración 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 **AMPARO GARZÓN HERNANDEZ**, ordenando que dichos conceptos 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 Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**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 Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LUIS CARLOS PATIÑO MOLINA  
**Demandados:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 110013105-007-2021-00149-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Luis Carlos Patiño Molina instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación por medio del cual se efectuó el cambio de régimen pensional del demandante del RPMPD al RAIS, y como consecuencia de ello se declare para todos los efectos legales que nunca estuvo afiliado o se trasladó al RAIS; que Porvenir S.A. traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual del demandante tales 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., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; que Colpensiones acepte el traslado de régimen del demandante; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante se trasladó del ISS, hoy Colpensiones al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 11 de mayo de 1995; que Porvenir S.A. al momento de efectuar el traslado de régimen faltó a su obligación legal de brindar información suficiente, objetiva y clara al demandante, puesto que no le puso de presente los efectos jurídicos que acarrearía esa decisión para su futuro pensional, ni le informó las diferencias y beneficios de uno u otro régimen pensional; que el 24 de mayo del 2020 radicó ante Colpensiones la solicitud para que se aceptara y legalizara su traslado del RAIS al RPMPD, pero le fue respondida de manera negativa el 25 de febrero del 2021; que el 18 de marzo del 2022 radicó ante Porvenir S.A. solicitud de nulidad de la afiliación al RAIS. (Expediente electrónico, PDF 01 demanda. Pág. 01 a 13)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF 11); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta a deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en

presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Así mismo, argumenta que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, y que al contrario, se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; que se debe tener en cuenta que el demandante se encuentra bajo la prohibición de la que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003, debido a que se encuentra a 10 años o menos de obtener su pensión de vejez. Como excepciones de mérito rotuló las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 09.pág. 01 -40).

**3.2. Porvenir S.A.:** La llamada a juicio se opuso a las pretensiones, argumentando que la afiliación por parte del demandante a la AFP Porvenir S.A. en el año 1995 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido ampliamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, como prueba de ello obra la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 234 y 244 del CGP, y el parágrafo del artículo 54A del CPTSS; que el demandante ratificó su voluntad al trasladarse a Horizonte S.A. en el año 2004, el cual también se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños; que se le garantizó el derecho de retracto como lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 y el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; que Porvenir S.A. publicó el 14 de enero de 2004 un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para retornar al RPMPF. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 10, pág. 01-39).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 13 de abril del 2023, en la que el fallador declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante al RAIS; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por Colpensiones; ordenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante desde el año 1995 cuando ocurrió el traslado de régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPMPD al demandante desde su afiliación al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a las demandadas.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4974 del 2018, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus

derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, el a quo consideró que PORVENIR S.A. no logró demostrar que haya informado al demandante de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de las AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución por parte de PORVENIR S.A. de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue presentado recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

**5.1 Colpensiones:** Presentó recurso de apelación argumentando que no existen elementos probatorios que evidencien vicios del consentimiento o dolo, además el demandante no hay una expectativa legítima; que el demandante no cumple con los parámetros de la sentencia C-789 del 2002. También argumenta que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado que señala la ley 797 del 2003 y no es beneficiario del régimen de transición, por lo cual, no le es aplicable dicho beneficio. Por otro lado, argumenta que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión por recibir no constituye prueba alguna de que fue engañado a la hora de suscribir el formulario de cambio de régimen pensional. Anotó que el demandante estuvo por más de 20 años en el RAIS sin presentar inconformidad alguna, lo cual prueba que su traslado fue de manera libre y voluntaria.

**5.2 Porvenir S.A.:** Solicita que se revoque de manera integral la decisión de instancia, debido a que si bien existe un precedente jurisprudencial este no puede ser aplicado de manera homogénea a todos los casos, en el particular no aplica, toda vez que la AFP cumplió con los requisitos que solicitaba la ley para el año en el que se realizó la afiliación objeto de controversia; que el demandante al ser graduada en derecho y al conocer plenamente las leyes, podía verificar la información sobre los regímenes pensionales de la ley 100 de 1993; que cabe resaltar que la firma de los formularios de traslado fueron realizados por el demandante de manera libre, voluntaria y sin ninguna clase de vicio de conocimiento; que con respecto a los valores indexados, el juzgado estaría incurriendo en una doble condena.

**6. Alegatos de conclusión.** Las entidades impugnantes Colpensiones y Porvenir S.A., al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

**2. Problema jurídico.** 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 actor 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 indexados?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se tiene probado que el señor Luis Carlos Patiño Molina se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 01 de agosto de 1982, y que realizó cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1995 (Expediente electrónico, PDF 09 pág. 41-43 Historia laboral Colpensiones); que el 11 de mayo de 1995 firmó la solicitud de vinculación a Porvenir S.A. trasladándose así al RAIS (Expediente electrónico, PDF 10 pág. 89 Solicitud de traslado Porvenir S.A.); posteriormente, se trasladó el 14 de septiembre de 2004 de Porvenir S.A. a Horizonte, hoy Porvenir S.A., entidad donde se encuentra actualmente (Expediente electrónico, PDF 02 pág. 24-32 Historia laboral Porvenir S.A.).

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 11 de mayo de 1995 , el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

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

Por tanto, 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.

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

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

**6. 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.

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

**8. 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 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 del 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-).

**9. 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, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado congloba de manera expresa la devolución de los anteriores conceptos junto con la indexación, habrá de confirmarse la sentencia en ese sentido.

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

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 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.

**10. 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.

**11. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

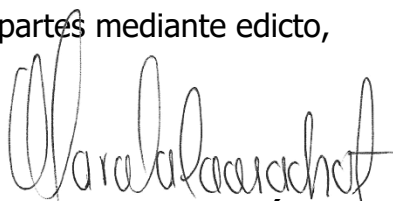
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**


**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de abril de 2023, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrado

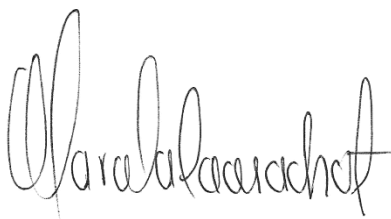


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-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 Colpensiones y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MAURICIO RUGELIS SUÁREZ  
**Demandados:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 110013105-019-2020-00417-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio dos mil veintitrés (2023)

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.** Mauricio Rugelis Suárez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante del RPMPD al RAIS mediante la AFP Porvenir S.A., y que como consecuencia de la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado se ordene a Porvenir S.A. retornar al demandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD administrado por Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a recibir al accionante y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; las costas y agencias en derecho; lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 02 de marzo de 1989, con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1995. Señaló que para esa fecha contaba con 152 semanas cotizadas en el RPMPD; que para 1995 su empleador lo afilió al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A.; que al momento del traslado se le indicó que no podría cambiar a otro fondo de pensiones porque el ISS dejaría de existir; que al demandante al momento de realizar el cambio de régimen pensional no se le brindó una asesoría veraz, transparente y completa sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas del RAIS; que el 27 de febrero del 2020 radicó derecho de petición ante Colpensiones y Porvenir S.A. solicitando que se declarara la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, y como consecuencia que se retorne al RPMD; que el 02 de marzo del 2020, y 03 de septiembre del 2020, recibió respuesta negativa a la petición por parte de Colpensiones y Porvenir S.A., respectivamente. (Expediente

electrónico, PDF01, cuaderno electrónico, demanda, Pág. 3 a 22)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF01 cuaderno electrónico, pág. 40); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones:** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que

dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta a deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Así mismo, argumenta que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, y que al contrario, se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; que se debe tener en cuenta que el demandante se encuentra bajo la prohibición de la que trata el artículo 02 de la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, debido a que se encuentra a 10 años o menos de obtener su pensión de vejez. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 03 pág.01-36 contestación Colpensiones)

**3.2. Porvenir S.A.:** La AFP se opuso a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento de que la vinculación del demandante a Porvenir S.A. es completamente válida, por cuanto la administradora brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993; que es improcedente declarar ineficaz el acto jurídico de traslado, debido a que este se dio en el marco de las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento y vigente para la época; que le competía al demandante acreditar los supuestos de la nulidad o ineficacia; que el demandante permaneció por más de 26 años en el RAIS sin nota de protesto alguno. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como 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 05 pág. 01-28 contestación Porvenir S.A.)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 18 de noviembre del 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir S.A.; declaró válidamente vinculado al demandante al RPMPD desde el 02 de mayo de 1989 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado; condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado a fondo de garantías de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, sumas que deben estar debidamente indexadas; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes y actualizar la historia laboral, y se abstuvo de condenar en costas.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-4974 del 2018, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, la a quo consideró que PORVENIR S.A. no logró demostrar que haya informado al accionante de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de las AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución por parte de Porvenir S.A de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

**5.1 Colpensiones.** Interpuso recurso de apelación argumentando que la carga de la prueba no solo debe estar en cabeza de la AFP toda vez que las partes tienen la obligación de probar lo que se manifiesta en la demanda; que el error de derecho no tendría la fuerza jurídica suficiente para que se haga la declaratoria de ineficacia; que la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad del sistema pensional.

**5.2 Porvenir S.A.** Interpuso recurso de apelación argumentando que Porvenir S.A. cumplió con los deberes que le eran oponibles en esa época y al momento en el cual el demandante realizó el traslado, toda vez que para esa fecha solo se le exige a la AFP la suscripción del formulario de afiliación, el cual exterioriza la voluntad del afiliado de querer realizar el traslado de régimen pensional; que con independencia de la información otorgada por la AFP, el manejo, características, ventajas y desventajas del RAIS son de público conocimiento, por lo que el demandante pudo validar la información dada en cualquier momento; que en el interrogatorio surtido, el demandante manifestó que fue el empleador quien con información errónea realizó el traslado del accionante, por lo que en el caso en concreto no sería la AFP quien debe responder; que la indexación es improcedente.

**6. Alegatos de conclusión.** Las entidades impugnantes Colpensiones y Porvenir S.A., al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto. Por su parte la parte demandante solicita se mantenga la decisión de primera instancia.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. 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 los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** 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 actor 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 indexados?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se tiene probado que el señor MAURICIO RUGELIS SUÁREZ comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones desde el 02 de marzo de 1989, con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1995 (Anexos de la demanda, PDF 02 pág. 21 a 22 Historia laboral Colpensiones); que se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 26 de octubre de 1995 (Anexos de la demanda, PDF 02 pág. 67 Formulario de afiliación), entidad donde se encuentra afiliado actualmente. (Anexos de la demanda, PDF 02 pág. 68 a 76 Historia laboral Porvenir S.A.).

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

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

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 26 de octubre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente "la obligación de dar a conocer al usuario,

*de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere.”(SL1452 de 2019)*

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 SL2324-2019 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.

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

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

**6. 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.

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

**8. 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 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 del 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-).

**9. 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, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado congloba de manera expresa la devolución de los anteriores conceptos junto con la indexación, habrá de confirmarse la sentencia en ese sentido.

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

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 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.

**10. 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.

**11. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. 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,

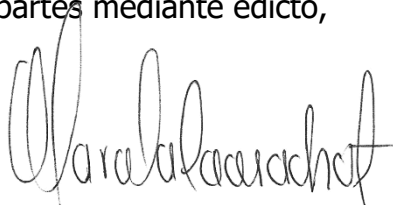
### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo considerado en esta sentencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

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 Colpensiones y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada entidad.



**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:** AMANDA LUCRECIA DURÁN DE GIRALDO  
**Demandados:** COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
**Radicación:** 110013105-002-2019-00870-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Amanda Lucrecia Durán de Giraldo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación por medio del cual se efectuó el cambio de régimen pensional de la demandante del RPMPD al RAIS, y en consecuencia, se declare que dicho traslado no produce ningún efecto por estar viciado el mismo con las consecuencias legales que ello implica; que se ordene a Protección S.A., efectúe el traslado y reintegro de los recursos del RAIS que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos respectivos y lo aportado al fondo de garantía de pensión mínima a Colpensiones, debiendo efectuar todas las gestiones administrativas necesarias para el traslado de las cotizaciones, rendimientos y la información con el fin de hacer efectivo el regreso automático al RPMPD; que se ordene a Colpensiones a aceptar sin dilación u oposición alguna los aportes trasladados del RAIS que le gire a Protección S.A. convalidándolos con la respectiva historia laboral de la demandante, la cual deberá corregir y actualizar; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante fue inscrita al ISS, hoy Colpensiones el 20 de febrero de 1978; que antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 contaba con 37 años de edad, la cual es uno de los requisitos exigidos conforme al artículo 36 de la ley 100 de 1993; que la demandante en el mes de octubre de 1998 fue trasladada a Protección S.A.; que la AFP al momento de efectuar el traslado de régimen, faltó a su obligación legal de brindar información suficiente, objetiva y clara a la demandante, puesto que no le puso de presente los efectos jurídicos que acarrearía esta decisión para su futuro pensional, ni le informó las diferencias y beneficios de uno u otro régimen pensional; que el 15 de mayo de 2018 la demandante solicitó a Protección S.A. que se remitiera la documentación correspondiente a su afiliación a dicho fondo; que el 30 de octubre de 2019 la demandante realizó la reclamación administrativa ante Colpensiones, la cual fue negada. (Expediente físico, PDF 01, demanda, Pág. 04 a 19)

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

**3. Contestación de la demanda**



**3.1. Colpensiones.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta a deber de información, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Así mismo, argumenta que no se 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 la demandante, y que al contrario, se observa que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; que se debe tener en cuenta que la demandante se encuentra bajo la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003, debido a que se encuentra a 10 años o menos de obtener su pensión de vejez. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 08.pág. 03-39 Contestación Colpensiones).

**3.2. Protección S.A.:** La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las declaraciones en las que se involucre directamente a la AFP argumentando que en el caso en concreto se encontraban frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como prueba de ello se presenta el formulario de vinculación que suscribió la demandante, dicho acto se realizó de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la accionante y la AFP, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento; que adicional a ello, la demandante se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión conforme lo establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 06, pág. 03-20 contestación Protección S.A.).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 09 de mayo del 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS administrado por Protección S.A. el 02 de marzo de 1995; condenó a Protección S.A. a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin lugar a descuento o deterioros sufridos por el bien administrado; ordenó a Colpensiones a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante al RPMPD el 01 de febrero de 1978, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral;

declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a Protección S.A. y Colpensiones.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-3034 del 2021, la sentencia SL-4964 del 2018, en virtud de lo expuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la ley 100 de 1993, artículo 97 numeral 1 del decreto 663 de 1993, artículo 3 de la ley 1328 de 2009, el decreto 2241 de 2010 y la ley 1748 de 2014, indicando que en el caso concreto se debe analizar es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En conclusión, la a quo consideró que, con base a las pruebas presentadas no se logra demostrar que Protección S.A. haya brindado información suficiente, de manera clara y detallada, de los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, por lo que, dio prosperidad a la ineficacia del traslado de régimen con sus respectivas consecuencias. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue interpuesto recurso de alzada por parte de **Colpensiones**, quien manifestó que de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, no es a la AFP a quien le corresponde la carga de la prueba, por lo cual existe una indebida interpretación del mencionado artículo, por ello, es claro que la demandante no presentó prueba alguna de que hubiese alguna causal que permitiera declarar la ineficacia de la afiliación; que se pudo evidenciar en el interrogatorio de parte la falta de interés por parte de la actora respecto a su situación pensional.

**6. Alegatos de conclusión.** Colpensiones al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones 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, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** 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 indexados?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se tiene probado que la señora AMANDA LUCRECIA DURAN DE GIRALDO comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de febrero de 1978 hasta el 30 de abril de 1995 (Expediente administrativo, PDF 09 pág. 10 historia laboral); que el 02 de marzo de 1995 se trasladó a Protección S.A. (PDF 06 pág. 21 y 71), entidad donde se encuentra cotizando actualmente.

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, el 02 de marzo de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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

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

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

**8. 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-).

**9. 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, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es

frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, si bien la sentencia de primer grado congloba de manera expresa la devolución de los anteriores conceptos, no hace relación a la indexación, por lo que habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido.

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.

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

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 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.

**11. 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.

**12. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. 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: ADICIONAR** al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 09 de mayo del 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PPROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de afiliación en la AFP) para que los conceptos ordenados en el referido numeral, los traslade **debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrado

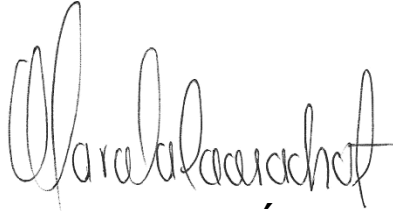
  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

-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 Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



**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:** YAMILE CORREA PACHECO  
**Demandados:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 110013105-033-2021-00582-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Yamile Correa Pacheco instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare que el traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS es ineficaz, y por lo tanto, solicitó dejar sin efecto dicha afiliación y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones a realizar la afiliación de la demandante; que declare que la AFP Porvenir S.A. debe devolver a Colpensiones todos los aportes pensionales efectuados por la demandante a partir del mes de septiembre de 1997 y hasta el momento en que el despacho declare la ineficacia del referido traslado pensional con sus respectivos rendimientos; que se declare que se debe devolver a Colpensiones la suma de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que la demandante haya permanecido en el RAIS; lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante comenzó a cotizar en el ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de junio de 1988, hasta el 07 de noviembre de 1997 cotizando 278,43 semanas; que se trasladó en 1997 al RAIS por medio de Porvenir S.A., sin embargo su afiliación no fue precedida de una buena información y por el contrario fue confusa y poco clara sobre el funcionamiento de dichas entidades y las desventajas que le traería al momento de pensionarse; que el día 21 de octubre de 2021, la demandante radicó ante Colpensiones derecho de petición solicitando informaran si es procedente el traslado del RAIS al RPMPD, petición que fue respondida de manera negativa por parte de la entidad; que el 05 de octubre del 2021 mediante correo electrónico y a través de representante la demandante radicó derecho de petición ante Porvenir S.A. solicitando información relacionada con la asesoría brindada. (Expediente electrónico, PDF 02, demanda, Pág. 01 a 10)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF-09); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones:** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta a deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Así mismo, argumenta que no se 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 la demandante, y que al contrario, se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; que se debe tener en cuenta que la demandante se encuentra bajo la prohibición de la que trata el artículo 2° de la ley 797 de 2003, que modificó la ley 100 de 1993 debido a que se encuentra a 10 años o menos de obtener su pensión de vejez. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 06.pág. 02 -40).

**3.2. AFP Porvenir S.A.:** Al momento de realizar la contestación la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda que tengan como objeto afectar a la AFP argumentando que el traslado realizado por la demandante a Porvenir S.A. goza de validez dado a que a la actora se le informó acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS y el RPM para que esta tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado; que específicamente en cuanto a la omisión de la información, aclaró la AFP que la misma jamás se presentó, toda vez que en cuanto al RAIS, se le manifestó a la demandante que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permitiera obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo mensual legal vigente. Ahora bien, menciona la AFP que independientemente de la información brindada, la demandante pues revisará todas las características, ventajas y desventajas del RAIS en la ley 100 de 1993. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 05demanda, Pág. 03 a 24)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 03 de mayo del 2023, en que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y con eso, la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A.; declaró que la demandante se encuentra actualmente afiliada de manera efectiva al RPMPD administrado por Colpensiones; ordenó a Porvenir S.A. a realizar el traslado de dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar; ordenó a Colpensiones a recibir las sumas anteriormente mencionadas y corregir la historia laboral de la demandante; ordenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensiones de garantía mínima debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos; declaró no probadas las excepciones interpuestas por las demandadas; condenó en costas a Porvenir S.A. y a Colpensiones.

El a quo fundamentó su decisión en el estudio de los artículos 13 de la ley 100 de 1993, el artículo 97 del decreto 63 de 1993, el artículo 12 del decreto 2720 de 1994 y en el decreto 692, en los cuales se hace alusión al deber de las AFPs a brindar la

correspondiente información al futuro afiliado. Por lo anterior, el problema jurídico versa en analizar si el acto jurídico celebrado entre la AFP y la accionante es eficaz.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, el a quo consideró que PORVENIR S.A. no logró demostrar que haya informado a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución por parte de PORVENIR S.A. de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

**5.1 Colpensiones.** Interpuso recurso de apelación manifestando que la información brindada por parte de la AFP fue conforme a los estatutos que regían en ese momento, siendo suficiente el formulario de afiliación presentado como documental en el particular, por lo tanto la prueba es suficiente para demostrar que la parte demandante se encontraba plenamente informada al momento de realizar el traslado de régimen pensional; que el hecho de que se reintegre a un afiliado al RPMPD, siendo que estuvo por más de 20 años en el RAIS crearía un desequilibrio financiero en Colpensiones afectando los demás afiliados del RPMPD; que si finalmente la sentencia se confirma, pide que se desista de la petición de costas procesales toda vez que Colpensiones solo ha ejercido una defensa contra la demanda interpuesta por la demandante.

**5.2 Porvenir S.A.:** Interpuso recurso de apelación argumentando que no se allegaron mayores documentales en el cual se demostrará que a la demandante se le hubiese vulnerado su derecho a la información, es más, Porvenir S.A. cumplió con los requisitos contemplados en la regulación vigente siendo este el formulario de afiliación el cual se encuentra aprobado por la Superintendencia Financiera; que independientemente de la información brindada, la demandante contaba con la obligación de complementar la información y saber sobre el objeto jurídico que iba a firmar; argumento que si se llegase a una decisión desfavorable para con la AFP, se presidiera de condenar con gastos de administración e indexación a la AFP toda vez que estos valores son improcedentes al no ser dineros que están destinados a conformar el monto de la pensión.

**6. Alegatos de conclusión.** Las entidades impugnantes Colpensiones y Porvenir S.A., al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto. Por su parte la parte demandante solicita se mantenga la decisión de primera instancia.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se

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

**2. Problema jurídico.** 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 indexados?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se tiene que la señora YAMILE CORREA PACHECO se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de junio de 1988, contando con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1997 (Expediente electrónico, PDF 02 ,Pruebas de la demanda historia laboral Colpensiones Pág. 33 a 36); que el 16 de septiembre de 1997 realizó el traslado al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PDF 05, Pruebas de la demanda, solicitud de afiliación Pág. 80), entidad donde actualmente se encuentra afiliada.

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

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

decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 16 de septiembre de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en

la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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

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

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

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

**8. 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-).

**9. 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, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado congloba de manera expresa la devolución de los anteriores conceptos junto con la indexación, habrá de confirmarse la sentencia en ese sentido.

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

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 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.

**10. 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.

**11. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman, ya que de conformidad con el artículo 365, numeral 1º del CGP, la parte vencida debe ser condenada en costas, máxime si en el presente asunto, Colpensiones ejerció férrea oposición a las pretensiones, por lo tanto, no tiene vocación de prosperidad la alzada propuesta en ese sentido.


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 03 de mayo del 2023, por el Juzgado Treinta y Tres del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
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 Colpensiones y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ZORAYA SÁNCHEZ MARTÍNEZ  
**Demandados:** COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
**Radicación:** 1100131050-014-2020-00322-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Zoraya Sánchez Martínez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Protección S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada mediante formulario diligenciado el 08 de febrero de 1995 con la AFP Protección S.A., y que como consecuencia de ello se ordene a Protección S.A. a trasladar a la demandante, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados al RPMPD administrado por Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a recibir como afiliada y sin solución de continuidad en el RPMPD a la demandante; las costas y agencias en derecho a las que haya lugar; lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la actora realizó cotizaciones a pensión al ISS, hoy Colpensiones, desde el 01 de julio de 1986, hasta el 31 de julio de 1998; que la demandante fue trasladada del RPMPD hacia el RAIS mediante formulario diligenciado el 08 de febrero de 1995 con la AFP Protección S.A.; que al momento de la afiliación a la AFP no se le proporcionó a la demandante una asesoría profesional completa, clara y suficiente, que le permitiera comprender las características, condiciones y riesgos reales del RAIS y establecer un comparativo con las condiciones del RPMPD al cual se encontraba afiliada; que la demandante el 13 de julio del 2020, a través de apoderado solicitó a Colpensiones y a Protección S.A. anular su afiliación al RAIS y en consecuencia tenerla como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, solicitud que fue respondida por las entidades de manera negativa. (Expediente electrónico, PDF 04 , demanda, Pág. 01 a 16)

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

**3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** La llamada a juicio se opuso a que prosperen todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias propuestas argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, cuando suscribió el formulario de

afiliación de manera libre y voluntaria. Así mismo, no puede dejarse de lado que, al momento de efectuarse la afiliación al RAIS no se encontraba inmerso en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectuó el traslado de régimen pensional y, por ende, su traslado es válido conforme lo indica la normatividad, en tanto que la suscripción del formulario denota aceptación de las características del RAIS. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adiciona el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de casa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 09, Contestación Colpensiones, Pág. 02 a 28).

**3.2. Protección S.A.** Se tiene por no contestada la demanda por parte de Protección S.A. (Expediente electrónico, PDF 11, Auto 03 de agosto de 2022).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 31 de enero del 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del acto del traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A., señalando como consecuencia que de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones; ordenó a la AFP Protección S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a Colpensiones, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones; declaró no probadas las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción; finalmente condenó en costas a las demandadas.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL-1688 de 2019, la SL-4811 de 2020, y la SL-2837 de 2020. Así las cosas, manifestó que lo que se debe analizar es si las AFPs demandadas cumplieron con el deber legal de brindar la correspondiente información, tanto las ventajas y las consecuencias a la futura afiliada.

En ese sentido, consideró que, si bien la AFP aportó como prueba documental el formulario de afiliación, este no es suficiente para predicar que existió una decisión informada, por lo que el requisito de la información con la suscripción de dicho documento no se encuentra satisfecho.

En conclusión, la a quo consideró que la AFP demandada no lograron demostrar en el juicio que se le haya informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución de los aportes efectuados por la afiliada durante toda su vida laboral al RPMPD administrado por Colpensiones. Declaró no probada la excepción de prescripción, y grabó en costas a las demandadas.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Presentó recurso de apelación COLPENSIONES, quien argumentó que la a quo no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero dentro del acto jurídico celebrado entre la AFP y la demandante, por ello, la decisión adoptada por la juez no puede beneficiar o afectar a Colpensiones; que con la decisión tomada en primera

instancia impacta de manera grave el sistema financiero del RPMPD, afectando a los demás afiliados a este régimen; que si finalmente se confirma la sentencia de primera instancia, solicita que la AFP le pague a Colpensiones las afectaciones que esta decisión pudiera conllevar.

**6. Alegatos de conclusión.** Colpensiones al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por 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 la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** 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 indexados?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se tiene probado que la señora ZORAYA SANCHEZ MARTINEZ comenzó a cotizar en el ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de julio de 1986 con cotizaciones efectivas hasta el 28 de febrero de 1995 (Expediente electrónico, PDF 09 pág.29-30 historia laboral Colpensiones); que el 08 de febrero de 1995 firmó solicitud de vinculación al RAIS por medio de la AFP Protección S.A. (Expediente electrónico, PDF 03 pág.89 Anexos, Solicitud de vinculación), entidad en la cual se encuentra actualmente. (Expediente electrónico, PDF 03 pág. 75-87 historia laboral Protección S.A.).

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta

de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, el 08 de febrero de 1995 , el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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

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

**7. Relatividad del acto jurídico.** La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”, de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca

se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la demandante con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y la actora retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

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

**9. 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-).

**10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen

de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido.

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.

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

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 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.

**11. 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.

**12. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. 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: ADICIONAR** al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 31 de enero del 2023, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PPROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de afiliación en la AFP) para que traslade a COLPENSIONES si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
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 Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



**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:** MARTA EDY ARIZA MATEUS  
**Demandados:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 11001-31050-20-2022-00256-01  
**Tema:** INEFICACIA DEL TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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.** Marta Edy Ariza Mateus instauró demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada el 22 de agosto de 1994 al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., y en consecuencia, se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante de manera inmediata y automática al RPMPD, como si su traslado al RAIS nunca se hubiese efectuado; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones a nombre de la demandante todas las semanas registradas en la historia laboral consolidada de la demandante, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante desde el 25 de mayo de 1984 cotizó de forma ininterrumpida al ISS, hoy Colpensiones hasta el 22 de agosto de 1994; que la AFP Porvenir S.A. persuadió a la demandante a través de engaños el día 22 de agosto de 1994, para que se vinculara al RAIS; que al momento de realizar el traslado la AFP no le suministró a la actora ningún tipo de información para realizar de manera consciente e ilustrada su traslado, ni realizó ningún tipo de estudio o asesoría sobre el impacto y el alcance que tendría para ella ese cambio; que el 27 de abril de 2022 la demandante radicó ante Colpensiones el formulario de solicitud de traslado al RPMPD, pero ese mismo día recibió una respuesta negativa al formulario; que el 5 de mayo de 2022 radicó ante Colpensiones solicitud de traslado a esa entidad, solicitud que le fue contestada de manera negativa el 06 de mayo de 2022. (Expediente digitalizado, PDF 01 ,demanda, Pág. 04 a 18)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 05); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones** Al momento de descorrer el término de traslado Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta a deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Así mismo, argumenta que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, y que al contrario, se observa en las documentales que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; que se debe tener en cuenta que la demandante se encuentra bajo la prohibición de la que trata el artículo 2° de la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, ya que se encuentra a 10 años o menos de obtener su pensión de vejez. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera el sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adiciona el Art. 48 de la Constitución Política), inexistencia de causal de nulidad, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente digitalizado, PDF 06 contestación de la demanda Colpensiones, Pág. 03 a 38)

**3.2. Porvenir S.A.** La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que carecen de fundamento jurídico y fáctico, y contrario a ello, se debe tener en cuenta que la afiliación realizada a Porvenir S.A. carece de vicio alguno del consentimiento, ni causal de ineficacia, por lo tanto, el cambio dentro del RAIS gozó de plena validez jurídica, llevándose a cabo de manera libre, voluntaria y sin presiones; que el asesor comercial de Porvenir S.A. suministró la totalidad de la información detallada, clara, precisa y oportuna respecto a los efectos jurídicos existentes del traslado. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. (Expediente digitalizado, PDF 07, contestación de la demanda Porvenir S.A, Pág. 03 a 21)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 15 de mayo del 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la demandante a la AFP Porvenir S.A.; declaró como aseguradora de la demandante para todos los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones como actual y única entidad administradora del RPMPD; ordenó a Porvenir S.A. a devolver los aportes girados a su favor por conceptos de cotizaciones a pensión de la actora, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 3034 del 2021, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 y 272 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, consideró que la AFP Porvenir S.A., no logró demostrar que haya informado a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas suficientes de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, no quedaba otro camino que declarar ineficaz el traslado de régimen de la demandante, con la devolución por parte de Porvenir S.A. de las cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la decisión, Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando que en el transcurso del proceso no se logró demostrar en juicio que a la demandante se le haya hecho incurrir en error por una indebida asesoría, que por el contrario, en las documentales se observa que la decisión fue tomada de manera libre y consciente por parte de la demandante; manifiesta que la afiliación se hizo de lleno con los requisitos legales, y que la demandante no hizo manifestación alguna de retractarse de la decisión tomada.

**6. Alegatos de conclusión.** Colpensiones al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones. 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, 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.

**2. Problema jurídico.** 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 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 indexados?; (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?

**3. 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.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se tiene probado que la señora MARTA EDY ARIZA MATEUS se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de mayo de 1984, con cotizaciones hasta el 22 de agosto de 1994 (Expediente digitalizado, PDF 01 pág. 45 historia laboral – Pág. 66 y 102 archivo No 07 Contestación Porvenir); que se trasladó al RAIS por medio de Porvenir S.A. el 01 de mayo de 1994 (Expediente digitalizado, PDF 07 pág. 93 y 101), entidad en la cual permanece actualmente (Expediente digitalizado, PDF 01 pág.49-53 historia laboral Porvenir S.A.).

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 01 de mayo de 1994 , el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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 orientarlo 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 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral 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.

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

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

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

Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

**8. 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-).

**9. 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, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de

administración y sumas adicionales de la aseguradora, así como la indexación, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido.

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.

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

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 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.

**10. 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.

**11. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. 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: ADICIONAR** al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 15 de mayo del 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de afiliación en la AFP) para que traslade a COLPENSIONES si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
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 Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



**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:** **ENRIQUE VELASCO GALINDO**  
**DEMANDADO:** **COLPENSIONES.**  
**RADICACIÓN:** **110013105-030-2021-00497-01**  
**ASUNTO:** **CONSULTA**  
**TEMA:** **RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – MONTO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** El señor ENRIQUE VELASCO GALINDO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional aplicando como tasa de reemplazo o porcentaje el 65% al ingreso base de liquidación, el retroactivo con efectividad a partir del 1 de octubre de 2019, la indexación y las costas procesales

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que cotizó para pensión ante el ISS hoy COLPENSIONES, desde el 7 de diciembre de 1979 al 30 de junio de 2020. Explica que la Administradora incurrió en el error de tomar por algunos meses cotizados solo algunos días y no los 30 que corresponden, por lo que no se han tenido en cuenta 32 días cotizados que equivalen a 4.57 semanas que no se reflejan en la historia laboral. Que para junio de 2020 ya contaba con 1.300 semanas cotizadas y con la edad para pensionarse y que en la Resolución SUB215661 del 8 de octubre de 2020 tomó como tasa de reemplazo el 62.22% y un IBL por la suma de \$5.757.729, cuando se debió haber tenido el 65%.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (04RespuestaAndje.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación. COLPENSIONES.:** Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra argumentando que, el monto de la pensión reconocida se encuentra establecido en el artículo 10 de la ley 797 de 2003, donde se encuentra la fórmula utilizada por la Administradora para determinar que la tasa de reemplazo que corresponde es la indicada en la resolución de reconocimiento pensional, esto es, 62.22% por lo que es ajustada a derecho. Frente a inconsistencias en la historia laboral se opone indicando que los registros que aparecen son los que fueron reportados y aportados por sus empleadores. Afirma que al momento de reconocer la pensión se encontraba haciendo trámites internos de validación de la historia laboral, por lo que en la actualidad se registran 1303,57 semanas cotizadas. Propuso



las excepciones de prescripción presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 12 de mayo de 2023, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reajustar el valor de la primera mesada pensional reconocida al actor mediante la resolución SUB215661 del 8 de octubre de 2020, teniendo en cuenta como tasa de reemplazo el 62.23% , para una mesada pensional de \$3.583.035 a partir del 1 de julio de 2020 correspondiendo para el año 2023 una mesada por la suma de \$4.349.837. Como retroactivo se ordenó pagar la suma de \$23.304 diferencia causada entre el 1 de julio de 2020 al 30 de abril de 2023.

Indicó que para resolver el problema jurídico planteado era necesario establecer si es viable la reliquidación de la pensión de vejez del demandante aplicando una tasa de reemplazo del 65% al IBL reconocido por Colpensiones mediante la resolución SUB215661 del 8 de octubre de 2020 y con efectividad a partir del 1 de octubre de 2019. Si hay lugar a retroactivo o en su defecto, si prospera algún medio exceptivo.

Para llegar a tal decisión, el juez de instancia consideró como hechos pacíficos relevantes al caso: la fecha de nacimiento del actor, 15 de octubre de 1955; el IBL que ascendió a la suma de \$5.757.729 tenido en cuenta la resolución de reconocimiento pensional. Como semanas cotizadas tuvo en cuenta el total probado de 1.303,57. Como normatividad aplicable al caso consideró que era el artículo 34 de la ley 100 de 1993 modificada por el artículo 10 de la ley 797 de 2003. Que al aplicar la fórmula allí establecida determinó que la tasa de remplazo corresponde al 62.23% y al aplicarlo al IBL arroja una mesada pensional de \$3.583.034 superior al reconocido por Colpensiones quien no tuvo en cuenta el dígito mayor después del punto siendo más favorable al actor.

En cuanto a la fecha de efectividad tuvo en cuenta la historia laboral del accionante en la que se observa que cotizó hasta el 30 de junio de 2020, por lo que debe reconocerse la prestación a partir del día siguiente, esto es el 1 de julio de 2020, como lo hizo Colpensiones. Y que, en todo caso al hacerlo en la fecha pretendida por el actor, aplicando la norma traída a colación sería lesivo para los intereses del trabajador, porque daría un valor inferior a la reconocida. Resolvió la excepción de prescripción declarándola no probada.

**4. Alegatos de conclusión.** Colpensiones al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por ser la sentencia de primera instancia adversa a esta Administradora y no haber apelado la decisión su apoderado. Lo anterior conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 69 del CP.T. Y de la S.S.

**1. Problema jurídico.** El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Es correcta la aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 efectuada por a quo o en su defecto por COLPENSIONES?

**1.1. Tasa de reemplazo artículo 34 de la ley 100 de 1993.** Como aspectos relevantes para resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, es que la Administradora mediante resolución SUB215661 del 8 de octubre de 2020 reconoció la pensión de vejez al actor, teniendo en cuenta como IBL la suma de \$5.757.729 y aplicó una tasa de reemplazo del 62.22% arrojando como cuantía de la primera mesada pensional la suma de \$3.582.459 reconocida a partir del 01 de julio de 2020; en tanto que, el a quo consideró que el monto debía ser el 62.23% por ser el resultado que más favorece al actor teniendo en cuenta el dígito decimal mayor a cinco.

De acuerdo con lo anterior y con la finalidad de verificar la tasa de reemplazo que corresponde reconocer en el caso que nos ocupa, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

$$r = 65.50 - 0.50 s,$$

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2020, que equivale a \$877.803.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

$$s = \text{IBL} / \text{SMLMV}$$
$$s = \$5\,757.729 / \$877.803$$

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 6.55.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita ( $r = 65.50 - 0.50 s$ ), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 10,70 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

$$6.55 \times 0.5 = 3.27$$

$$r = 65.50 - 3.27$$
$$r = 62.23$$

Ahora bien, contempla la norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Conforme la historia laboral de cotizaciones, el señor ENRIQUE VELASCO GALINDO acreditó durante toda su vida laboral un total de 1.303,57 semanas válidamente

cotizadas. Entonces, tenemos que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 0 semanas adicionales, por lo que no le corresponde un porcentaje adicional, siendo acertado el cálculo matemático del juez de primera instancia, quien determinó que el monto o tasa de reemplazo a que tiene derecho el actor para que sea liquidada su mesada pensional es de 62.23%.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

*"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"*

Ante el anterior panorama, encuentra la Sala acertada la decisión del juez de primera instancia y por tanto habrá de confirmarse.

**2.Costas.** Sin costas en esta instancia por tratarse del Grado Jurisdiccional de Consulta. Las de primera se confirman.

### **DECISIÓN**

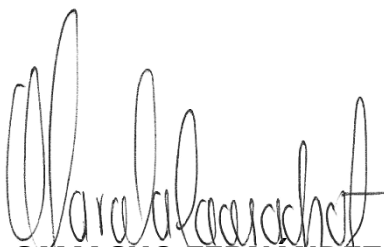
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de mayo de 2023 por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, objeto de consulta.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** HELVERTH ATEHORTÚA BENJUMEA  
**Demandada:** BANCO DE BOGOTÁ S.A.  
**Radicado No.:** 11001-31-05-011-2019-00130-01  
**Tema:** DESPIDO SIN JUSTA CAUSA – APELADA.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** Helverth Atehortúa Benjumea instauró demanda ordinaria contra el Banco de Bogotá, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de abril del 1989 al 29 de agosto de 2018. Que como consecuencia de lo anterior pide se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injustificado, indexación, costas y ultra y extra petita. Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el último cargo desempeñado fue el de Gerente de la oficina del barrio la Castellana, percibía como salario la suma de \$3.920.000, que era beneficiario de la convención colectiva en la que se disponía el reconocimiento de primas extralegales en junio y diciembre que constituían factor salarial y prestacional percibidas por el actor. Aduce que contaba con más de 29 años al servicio de la demandada. Que el 3 de agosto de 2018 fue citado a descargos, según la demandada, por gestiones o trámites de productos de crédito a cliente que ejercían actividades económicas de manera independiente, de los cuales se investigaba el proceso de vinculación. Que dentro de sus funciones estaba la de generar recursos mediante la vinculación de clientes, lo que hacía mediante el diligenciamiento de formularios preestablecidos por el banco demandado, y la recolección de documentos que avalaban las actividades de los clientes. Que estos documentos junto con el formulario eran remitidos al Departamento de Crédito de la accionada. Que en la aprobación de créditos a los clientes el demandante no tenía injerencia. Que en fecha 29 de agosto de 2018 el banco decidió terminar de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo, relacionando en la carta de terminación responsabilidades que no son del cargo del actor como son: no haber verificado la autenticidad de las declaraciones de renta y extractos bancarios de los clientes. Adicionalmente indica que durante todo el tiempo que laboró en la demandada siempre fue objeto de felicitaciones y asensos, por lo que nunca tuvo un llamado de atención.

**2. Contestación de la demanda.** Al dar respuesta el Banco de Bogotá aceptó la relación laboral, los extremos laborales, el cargo, el salario, y que fue citado diligencia de descargos. Difiere sobre las funciones que tenía a su cargo como gerente. Se opuso a la pretensión de la indemnización por despido sin justa causa, señalando que la terminación del contrato lo fue con justa causa por su actuar negligente por el incumplimiento de sus funciones y debido a las faltas graves cometidas, todo aceptado por el actor en la diligencia de descargos. Concluyó el banco que el actor incumplió con sus deberes como

funcionario y violentó normas y disposiciones internas que le asistían, razón por la cual se puso fin a su contrato de trabajo. Adicionalmente argumenta que el actor violó normas dispuestas en el código de ética. Afirma que el actor no era beneficiario de los beneficios convencionales por expresa disposición del artículo 2 del citado documento. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, falta de causa para pedir, pago, prescripción, innominada o genérica, cobro de lo no debido, falta de título y causa.

**3. Fallo de Primera Instancia.** El proceso fue remitido al Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá en cumplimiento a los acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, de acuerdo al informe secretarial del 10 de mayo de 2021. Terminó la instancia con sentencia del 15 de mayo del 2023, en la que el fallador condenó al Banco de Bogotá al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa y la condenó en costas.

Para arribar a tal determinación, indicó como problema jurídico el determinar la forma en que se terminó la relación laboral y si hay lugar al pago de la indemnización pretendida por la parte actora. Concluyó que no existe discusión frente a los extremos, salario y cargo desempeñado como tampoco en que el vínculo laboral terminó por decisión unilateral de la demandada. Para dirimir el conflicto hizo alusión a las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL18082 de 2016 y SL 8825 de 2017, que enseñan que lo que se debe determinar es si las justas causas alegadas por la demandada se encuentran debidamente probadas. Efectuó un análisis de las causas relacionadas en la carta de terminación del contrato de trabajo y valoró las pruebas practicadas para concluir que no quedó plenamente demostrada la justa causa para finalizar el contrato de trabajo, pues si bien se aportó por la demandada prueba de capacitaciones dadas al demandante, en ninguna de ellas se encaminó a la detección o identificación de documentación falsa. Sumado a lo anterior indica que, conforme el dicho del demandante y de un testigo, quien también fue gerente, los comerciales y gerentes revisan los documentos solicitados conforme la lista de chequeo y realizan consulta en las centrales de riesgo, luego el aplicativo da luces acerca de la procedibilidad o no de la solicitud. En los aplicativos se generan preaprobaciones y luego se remitía a el área respectiva para que el trámite continuara con su estudio. indicó el juez que conforme lo indicado por los testigos y las partes en su interrogatorio, la aprobación de créditos no recaía en el demandante quien era gerente o de los comerciales, quienes ejercían un primer filtro, era el área de créditos o fábrica de créditos quien tenía la potestad de aprobar una solicitud, como lo refiere el testigo Iban Hugo Gudillo Ojeda gerente de zona; que dicho departamento estaba conformado por un coordinador, analista de créditos y dependiendo del monto de las solicitudes pasaban a estudio al comité regional o nacional, en esa área se hacían un nuevo proceso de verificación de documentación, se validaban las referencias, se consultaban los reportes en central de riesgos con el fin de aprobar o no las solicitudes. Hizo referencia al testigo Juan Carlos Narváez Analista Operativo, quien afirmó que los gerentes no tenían atribuciones para aprobar créditos, que conforme lo indicó el testigo Budillo Ojeda, en el Departamento de Créditos se tiene en cuenta lo establecido por el gerente, pero no es óbice para negar o aprobar las solicitudes de crédito. Finalmente señaló que el actor como primer filtró debía verificar los documentos de los clientes, si dicha información no era acorde a la realidad, existe otra área especializada en el tema. Que, si se le pasó al demandante por ser primer filtro las inconsistencias, también se le pasó al área de créditos que era la que finalmente decidía sobre la viabilidad de la solicitud del servicio financiero.

En lo referente a las inconsistencias presentadas respecto al trámite de las tarjetas de crédito el actor aceptó que actuó en tal forma para evitar más trámites a los clientes, como lo permitía una de las funciones específicas de su cargo, dicho actuar, como lo dijo la testigo Pineda era una práctica que se desarrollaba en el banco con el fin de dar

celeridad a los trámites y que esto se hacía con la previa aprobación de la tarjeta de crédito lo que correspondía al área de activaciones.

En cuanto a las presuntas adulteraciones de solicitudes de créditos, concluyó el juez primigenio que conforme los interrogatorios y los testigos, esa era una práctica recurrente en el banco denominada como solicitudes proactivas, que consistía en tomar una solicitud de productos financieros y presentarla nuevamente con el fin de reconocer un nuevo producto al cliente, es decir, el cliente decidía si tomaba o no el nuevo crédito. Esto era permitido por el Gerente de Zona quien pedía metas al respecto. Adicionalmente, señaló que conforme interrogatorio a la representante legal y los testigos, al momento de la auditoría, ninguno de los créditos aprobados a los relacionados clientes, presentaban mora, y que, si a la fecha de recepcionarse la prueba testimonial ya existían algunos con mora, esto no fue probado en el proceso. En cuanto al perjuicio reputacional del banco, no obra documento alguno que demuestre quejas de clientes por el presunto indebido manejo de su información. Concluyó que la demandada debió haber sopesado el buen desarrollo de la labor por el demandante durante más de 29 años como lo anotó el señor Narváez, quien siempre denotó un comportamiento aceptable, que ante inconsistencias y falencias las subsanaba, que siempre mantuvo buena relación con el grupo de trabajo, además de haber escalado jerárquicamente al interior del banco. En consecuencia, condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa en la suma de \$78.037.037.01 tomando como salario y extremos los aceptados por las partes. No se liquidó teniendo en cuenta beneficios convencionales por considerar que no fueron probados. Suma que deberá ser pagada debidamente indexada al momento del pago. Declaró no probados los medios exceptivos. Condenó en costas a la parte demandada en la suma equivalente a 5 smmlv.

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que el a quo no tuvo en cuenta una prueba importante que es la confesión hecha por el demandante de las incongruencias e inconsistencias cometidas por él frente al código de ética, circulares y políticas del banco. El actor contaba con 29 años de servicio al banco en las mismas situaciones, durante cinco años fue analista de crédito como lo indicaron los testigos. Señala que, pese a que se sigan ciertas prácticas por los trabajadores y se soliciten por líderes prácticas no permitidas por el banco, como es modificar o alterar sin permiso de clientes, solicitudes de crédito para realizarlas de manera proactiva, esto raya con el derecho que el banco ha previsto frente a estos aspectos. Aduce que el actor confesó incluso desde la diligencia de los descargos, prueba que no puede ser desconocida. Afirma que el objeto del proceso no era verificar quien aprobaba o no créditos, sino verificar si las faltas endilgadas al trabajador, esto es, alterar documentos y no hacer el reconocimiento de clientes, están probadas. Afirma que el juez no puede entrar a valorar unas faltas y quitarles la calificación de graves conforme la jurisprudencia, faltas que se tienen como graves en el código de ética de la empresa en el numeral 11 y que no fue tenido en cuenta para la decisión. Que el juez consideró válida la excusa del actor, esto es, que su actuar tuvo como fin ahorrarles tiempo a los clientes; que el juez lo soportó en una de sus funciones, y en la rapidez, cortesía y eficiencia, cuando se trata de malas prácticas desarrolladas en el código de ética y conducta, consideradas como falta grave y más aún cuando la conducta está dispuesta en dicho texto como malversación de activos. Señala que, aunque el actor tenga una hoja de vida intachable no quiere decir que no haya cometido una falta grave y que no estén determinadas como tal en sus normas. Solicita se revoque la decisión de primera instancia y se condene en costas a la parte actora.

**5. Alegatos de conclusión.** La demandada al alegar exponen los argumentos del recurso interpuesto y solicita que se revoque la decisión apelada.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

**2. Problemas jurídicos.** Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico:** ¿El despido por parte de la demandada atendió a una justa causa o, por el contrario, lo fue sin que mediara justificación para ello, y en este último caso, si hay lugar al reconocimiento de la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T.?

**3. Relación laboral, extremos, salario y cargo.** La Sala encuentra que los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia: (i) Que entre las partes existió una relación laboral desde el 19 de abril de 1989 hasta el 29 de agosto de 2018, (ii) Que el cargo desempeñado por el actor al finalizar la relación laboral lo fue como Gerente de la oficina del Banco Agrario del Barrio la Castellana; (iii) Que tuvo una asignación salarial de \$3.920.000. Estos aspectos fueron aceptados por las partes y en todo caso acreditados con el contrato de trabajo (folio 11), desprendibles de nómina (folio 19 y ss), liquidación definitiva del contrato de trabajo visto (folio 26) y carta de terminación del contrato (folio 41).

**4. Despido sin justa causa.** Como quedó identificado en el problema jurídico y teniendo en cuenta las limitantes de la impugnación, corresponde a esta sala determinar si las causas alegadas por la parte demandada para terminar el contrato de trabajo del actor se encuentran debidamente probadas en el proceso, y en todo caso, verificar si el caudal probatorio fue debidamente valorado por el a quo.

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)

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 finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, en el informativo se encuentra 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 Código de Ética y Conducta, Reglamento Interno de Trabajo y Código Sustantivo del Trabajo. Decisión que obedeció a la conducta que presentó el actor mientras cumplía sus funciones, en la medida que con respecto a varios usuarios del banco que pretendían algún producto, en la documentación que tenía que enviar al Área de Créditos, se encontraron inconsistencias como: referencias familiares y personales con el mismo número de



celular, referencias que no se pudieron confirmar, omisión en la aplicación del proceso de Biometría, el envío de declaración de renta con inconsistencias, varios créditos negados por "Criterio analista - Referenciación titular", o por "inestabilidad de ingresos", inconsistencia en el diligenciamiento de formularios, la remisión de extractos falsos y facturas con inconsistencias, enmendar y modificar solicitudes de servicios en los campos destinados para el número de tarjetas de crédito sin el consentimiento de los clientes.

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajador los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con los descargos realizados por la empleadora y la calificación que hizo como "*faltas graves*", dado el incumplimiento al Código de Ética y Conducta, Reglamento interno de trabajo y disposiciones legales, pues así se predica de la simple lectura a la determinación que en tal sentido se tomó.

En este punto, es oportuno destacar a propósito de la causal a que se refiere el numeral 6° del citado artículo 62 del C.S.T., que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que deben diferenciarse las dos situaciones consagradas en ese precepto normativo; una de ellas es la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST, la cual, constituye por sí misma una falta; y la segunda es cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos, siendo criterio decantado que ante el primer supuesto, quien aplica la norma califica la gravedad de la falta, siendo susceptible de verificación por parte del fallador, y en el segundo caso, esa calificación ha de constar en los actos que consagran la falta.

En ese sentido, en sentencia SL 2457-2018 se señaló lo siguiente:

*"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:*

*Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:*

*Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.*

*En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...'*

*'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.*

*Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.*

*En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...*

*Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:*

*"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal" (Subraya la Sala).*

Así, verificado que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, la cual fue sustentada en faltas graves a las obligaciones estipuladas reglamentariamente, deberá determinarse la ocurrencia del hecho y si la conducta que desplegó está calificada como tal en el Código de Ética y/o en el reglamento interno de trabajo.

Empezamos por señalar que al proceso se allegó el acta de descargos realizada el 10 de agosto de 2018 donde le indagaron respecto de las situaciones fácticas que con posterioridad motivaron su despido, respondiendo que conoce todos los manuales y políticas de la empresa referentes a su cargo como Gerente de Oficina. Indicó que con respecto al tema de créditos lo que hacía era recibir documentos, pero que no tenía injerencia en la decisión que toma en el Área de Créditos. Sobre la Auditoría y con ocasión de la alerta por parte de la Dirección de Crédito Masivo, sobre las inconsistencias en los documentos entregados por los clientes relacionados en la carta de despido, señaló que él verificó que los datos relacionados no hayan sido enmendados o adulterados. En las declaraciones de renta que tengan el sello de recibido o la firma digital, que los documentos sean legibles, que sean reales. Afirmó que hace visita a los clientes para verificar los datos y los documentos que aportan. Frente a la pregunta de por qué optó por enmendar las Solicitudes de Servicios Financieros de algunos clientes indicó que lo hizo por ahorrar tiempo del cliente, debido a que esa solicitud tiene los campos disponibles para tal fin y que estaban diligenciados previamente en lápiz sin conocimiento del cliente. Afirmó que enmendó otros formularios para la solicitud de nuevos créditos sin el diligenciamiento de una nueva solicitud, en razón a que eran solicitudes proactivas de nuevos productos con el fin de hacerles el ofrecimiento y no se contaba con una solicitud de servicios adicional. Detalla el procedimiento para vincular clientes e indica que algunos créditos de los referidos clientes fueron negados por el Área de Créditos. En un escrito anexo al acta de descargos dirigido al Gerente de Zona, el actor le manifestó sobre las inconsistencias en la información y documentación aportadas en el proceso de conocimiento y vinculación de clientes, que para cada caso relacionado siguió el proceso requerido de visita y entrevista del cliente en el lugar de

trabajo diligenciando el formato de conocimiento del cliente requerido para proseguir con el proceso de formalización de créditos. Explicó frente a cada cliente que presentó inconsistencias, lo que se hizo para corregirlas. Con respecto a la falsedad de documentos indica que no fue capacitado para detectar y que en todo caso está el Área de Créditos.

Frente a las situaciones endilgadas, de entrada, puso en evidencia las inconsistencias alegadas en la carta de terminación del contrato, aceptando haber incurrido en prácticas no permitidas en las Políticas del Banco, con el fin de darle celeridad a los trámites de solicitud de productos de los clientes de la oficina a su cargo.

Se aportó al proceso el perfil del cargo ejercido por el actor, visto a folio 15 y siguientes, en donde se relacionan las funciones de forma específica para la investigación de mercadeo, asesoría y relaciones públicas, para la captación y colocación en moneda legal y extranjera, administración de recursos, funciones de supervisión. Dentro de las funciones relacionadas se encuentran las siguientes relevantes al caso: (i) estudiar y analizar los clientes a vincular en la oficina de tal manera que se garantice la alta moralidad de los mismos de conformidad con las disposiciones del Banco y las autoridades económicas y civiles... (ii) estudiar las solicitudes de crédito y tarjetas de crédito que los clientes asignados presenten, radicarlas en el sistema e informar a la Gerencia de Zona si su cuantía es mayor (iii) Recibir y revisar los documentos presentados por los clientes para la solicitud de crédito.

Del folio 191 al 219 obra comunicado del 6 de julio de 2018, gestión comercial crédito banca personal gerente oficina la Castellana, realizada por la Contraloría General donde se detallan los hallazgos relacionados con algunos clientes, mismos relacionados en la carta de terminación del contrato, y se aportan los formularios en los que se soportan las inconsistencias referidas.

A folio 220 obra el Manual de Ética y Conducta en el que se avizoran los numerales referidos en la carta de terminación del contrato, contentivos de los principios que deben observar los trabajadores para el desarrollo de sus funciones, tales como las sanas prácticas bancarias, de observancia de las normas, de buen cuidado e información entre otras. En el punto 6.5.1. está la malversación de activos a que hizo referencia el apoderado de la demandada al sustentar el recurso.

Se allegaron al proceso los formularios y documentos que presentaron inconsistencias, y que fueron objeto del despido del actor.

En el interrogatorio de parte absuelto por el actor, una vez más aceptó haber adulterado formularios, adujo no haber seguido los lineamientos por ahorrarle tiempo a los clientes e indicó que realizó solicitudes sin autorización de los clientes, porque eran prácticas proactivas que eran realizadas por todas las comerciales y exigidas por los Gerentes de Zona.

Se escuchó el testimonio del señor Luis Eduardo Ramírez quien también fue Gerente, señaló que una de sus funciones era la de verificar el listado de chequeo, esto es, revisar la situación financiera del cliente y validar la documental recaudada para posteriormente remitirla al Área de Créditos quien aprueba o no. Afirma que si algún documento presentaba tachones o enmendaduras no se podían enviar. Explicó que el Gerente es un filtro. Que había prácticas proactivas y eran lideradas por los Gerentes de Zona.

El testigo Juan Carlos Narváez Analista Operativo indicó haber visitado la oficina que estaba a cargo del actor y pudo evidenciar que tenía buen manejo del personal y que

tomaba nota de posibles inconsistencias y las corregía. En alguna oportunidad pudo evidenciar solicitudes sin anulación de espacios en blanco y fallas en chequeras. Explicó que en la Auditoria que se le hizo encontraron inconsistencias en solicitudes, documentos mal diligenciados, extractos falsos, adulteración de solicitud de servicios. Señaló que el Gerente es el primer filtro, debe revisar los documentos que le entregan los clientes, se envían las imágenes momento en el que se verifica en centrales de riesgos y después van al Área de Créditos quienes finalmente aprueban o devuelven las solicitudes. Sobre las prácticas proactivas indicó que se podían hacer siempre que el cliente estuviera enterado.

Al analizar la declaración de los testigos atrás resumidos y del examen de los demás medios de convicción que señala como erróneamente valorados el recurrente, observa la Sala que el A quo incurrió en el error que se le enrostra, pues las conclusiones a las que llegó no corresponden a lo que reflejan las probanzas incorporadas al proceso, mismas que confirman que las conductas imputadas ocurrieron, como también la responsabilidad del demandante en los hechos. En efecto, el juez primigenio no evidenció, como lo hace esta Sala, que en diligencia de descargos el trabajador admitió que envió al Área de Créditos documentos con inconsistencias, adulteró y diligenció mal algunos formularios, además, si bien trató de justificar su actuar, con el cumplimiento de una de sus funciones, cual es, agilizar los trámites a los clientes, situación a la que le dio validez el juez de primera instancia, lo cierto es que tales inconsistencias sí se presentaron respecto a varios clientes y dieron origen al despido del actor.

Demostrado como queda la ocurrencia de los hechos atribuidos en la carta de despido, surge para la Sala verificar si dicho actuar fue catalogado por las partes como falta grave para dar por finalizado con justa causa el vínculo laboral que los ató.

Conforme a lo anterior, la enjuiciada aduce que las conductas desplegadas están clasificadas como falta grave en el Código de Ética, en el reglamento interno de trabajo y en el Código Sustantivo del Trabajo, así, verificado el expediente, es claro que la demandada arrimó al proceso tales medios probatorios, sin embargo, debe resaltar este Tribunal, que las faltas graves se encontraron taxativamente relacionadas en el Reglamento Interno del Trabajo en el numeral 23) del artículo 102 que dispone:

*"Artículo 102. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

- 1) *Por parte del patrono*
- a) ....

*También constituyen faltas graves, y por tanto, son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del Patrono, las siguientes faltas que cometan los empleados:*

...

*23) Omitir o consignar datos en forma incorrecta en los informes, relaciones, proyectos crediticos, balances, etc., que se presenten a consideración de los superiores, tendientes a obtener una aprobación o decisión que, a juicio del superior, habría sido diferente si los datos se ajustaran a la realidad. Para que se configure esta causal, basta la simple tentativa no siendo necesario que se haya logrado la ejecución o que de la misma se derive un perjuicio real para la Empresa.*  
..."

Así las cosas, es claro que la conducta desplegada por el demandante sí constituye una falla de tal envergadura que da lugar al despido con justa causa, como se procedió por parte de la encartada, en tanto que el hecho de omitir o consignar datos en forma incorrecta en formularios, efectuado por el actor en más de una ocasión, fue estipulado por las partes como una falta grave que convalida su retiro laboral en los términos del numeral 6° del artículo 62 del C.S.T.

Así las cosas, del análisis efectuado se deduce el error en que incurrió el juzgador de primer grado al no valorar en forma correcta las pruebas allegadas al plenario, pues justificó el actuar del trabajador en lograr la agilidad en los trámites, situación que no debe permitirse pues atenta contra las políticas del Banco, sus estatutos y más aún contra el Reglamento Interno de Trabajo, donde expresamente quedaron catalogadas por las partes como una falta grave y, por ende, tiene la virtualidad de terminar el contrato.

Vale la pena precisar que si bien en el Banco existen las llamadas prácticas proactivas, que fueron objeto de discusión en el debate probatorio, lo cierto es que también quedó dicho, que las mismas son permitidas cuando se hacen en debida forma, sin necesidad de alterar o modificar documentos sin el consentimiento de los clientes.

El error del juez primigenio también recae en haber concluido que por existir un segundo filtro para revisar la documental que remite el Gerente al Área de Créditos, era esta última la obligada en determinar las inconsistencias o no de los mismos, situación que no es del todo cierta, pues era obligación del demandante velar por que esa documental que reunía de sus clientes para lograr la aprobación de un crédito o los que se enviaban para la aprobación y activación de tarjetas de crédito, cumpliera con las directrices de la empresa, presentarlas sin tachaduras o enmendaduras y muchos menos contuviera adulteración de información. Así se especificó en el Perfil del Cargo al que ya se hizo mención, en donde se dispuso dentro de varias de sus funciones: ***"Recibir y revisar los documentos presentados por los clientes para la solicitud de crédito"***

Por lo anterior, al observarse los yerros en la decisión que tomó el A quo, ésta Sala sin mayores consideraciones procederá a revocar en su integridad la sentencia de primer grado, para en su lugar, absolver a la accionada de las suplicas de la demanda.


**6. Costas.** De conformidad con el numeral 4 del artículo 365 del C.G., las costas serán a cargo de la parte vencida cuando se revoque en su totalidad la decisión del inferior. En el caso, se revocó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, por tanto, las costas estarán a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada en ambas instancias.

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

## RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 15 de febrero de 2023, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar **ABSOLVER** al BANCO DE BOGOTÁ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor HELVERT ATEHORTÚA BENJUMEA, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: COSTAS** a cargo de la parte demandante en ambas instancias.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia a cargo del señor HELVERT ATEHORTÚA BENJUMEA y a favor de la demandada, fijándose como agencias en derecho la suma de \$580.000, correspondiente a ½ SMMLV.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

*-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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** *ORDINARIO LABORAL*  
**DEMANDANTE:** *PEDRO ANTONIO GALVIS DIETTES*  
**DEMANDADO:** *FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES  
NACIONALES DE COLOMBIA*  
**RADICACIÓN:** *110013105-015-2022-00162-01*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN*  
**TEMA:** *INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL.*

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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,

**AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se acepta el desistimiento del recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada.

**SENTENCIA**

**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** El señor PEDRO ANTONIO GALVIS DIETTES a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia, a reconocer y pagar a su favor la indexación de la primera mesada pensional de la pensión plena de jubilación, con los respectivos reajustes anuales pertinentes a partir del 15 de enero de 2003; el retroactivo pensional por las diferencias pensionales, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de trabajador oficial; que le fue reconocida pensión especial y proporcional de jubilación a partir del día siguiente en que se produjo su retiro definitivo tal como consta en la Resolución 1180 del 10 de julio de 1991, liquidando la prestación con el promedio del salario devengado en los últimos 6 meses de servicio, que ascendió a la suma de \$239.202.97. Explica que le asignaron como monto o tasa de reemplazo el 58%, reconociendo como mesada pensional la suma de \$138.737.72 a partir del 30 de abril de 1991. Esta prestación la devengó hasta que cumplió los 50 años de edad, esto es, hasta el 15 de enero de 2003. Posterior a ello la accionada le reconoció la pensión plena de jubilación, concediéndole el beneficio de adicionarle a su pensión proporcional inicial un 17%. Afirmar que desde la fecha de su retiro y el día en que le fue reconocido el derecho a su pensión plena de jubilación, perdió su poder adquisitivo por el paso del tiempo, que al reconocer la diferencia porcentual del 17% al cumplir los 50 años de edad, en relación al salario promedio de los últimos seis meses de servicio, sin la correspondiente indexación.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (15NotificacionAndje20230331); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones:**

**El Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.:** Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que desde su retiro se le reconoció y pago una pensión proporcional de jubilación inmediatamente se produjo su retiro de la empresa, de acuerdo al artículo 7 del decreto 895 de 1991, a la cual se le hicieron todos los reajustes de ley, hasta cuando cumplió 50 años de edad, y desde cuando cumplió dicha edad, inmediatamente se le ajustó la misma a un 75% y se le ha venido pagando su mesada pensional debidamente actualizada en forma cumplida con todos los reajustes de ley. Afirma que desde el reconocimiento de la pensión especial de jubilación de acuerdo al tiempo laborado y se liquidó teniendo en cuenta todos los factores salariales y desde que cumplió los 50 años de edad se le reajustó la misma a un 75% del salario promedio de liquidación de los últimos seis meses de servicio y se le ha pagado su mesada debidamente actualizada. Propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido, buena fe del Fondo, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación y la genérica.

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 08 de mayo de 2023, mediante la cual el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la demandada a reajustar la pensión plena de jubilación del demandante ordenando el pago de la primera mesada pensional en la suma de \$1.162.498 a partir del 15 de enero de 2003, ordenando pagar la diferencia causada entre la que venía pagando el Fondo y la que se ha ordenado debidamente indexada. Para el año 2023 determinó como mesada la suma de \$2.598.849. Condenó en costas a la demandada.

Su decisión se basó en la sentencia SL2054 del 18 de mayo de 2022, concluyendo que no hay lugar a ordenar la indexación pretendida, pues no pasó un lapso entre el retiro del servicio y el reconocimiento de la prestación pensional por tratarse la pensión especial y la pensión plena reconocidas al actor una sola. Estableció que la demandada al reconocer la pensión plena por cumplir los 50 años de edad, solamente modificó el monto o tasa de reemplazo e indexó en su momento el salario promedio, pero de forma errada, esto es, no bajo los criterios de la Corte Suprema de Justicia, por lo que efectuó los cálculos correspondientes conforme tabla en excel obrante en el proceso y condenó a la demandada al pago de las diferencias causas entre la mesada reconocida por el Fondo esto es \$1.145.894 y la obtenida por el fallador \$1.162.498.44.

**5. Alegatos de conclusión.** No fueron presentados alegatos de conclusión por las partes.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Grado jurisdiccional de consulta.** Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor del Fondo de Ferrocarriles



Nacionales de Colombia, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

**2. Problemas jurídicos.** Centra la atención de la Sala en establecer: i) ¿Hay lugar a indexar la primera mesada pensional del demandante?, en caso positivo, ii) ¿hay lugar al retroactivo pensional y su indexación?

**3. Indexación primera mesada pensional.** No es objeto de discusión que el señor Pedro Antonio Galvis Diettes laboró al servicio de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 2 de diciembre de 1974 y hasta el 29 de abril de 1991, es decir, 5876 días, equivalente a 16 años, 3 meses y 26 días y que mediante Resolución No 1180 del 10 de julio de 1991 le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación de carácter especial en la suma de \$138.737,72 efectiva a partir del 30 de abril de 1991; que mediante resolución No 260 del 17 de febrero de 2003 se hace el reconocimiento de la pensión plena de jubilación, a partir del 10 de enero de 2003, en la suma de \$1.145.893.78; finalmente, que el 08 de febrero de 2019 elevó reclamación de indexación ante la demandada (02Anexos.pdf, 13Anexoscorreo20220824.pdf).

Puestas, así las cosas, esta Sala de Decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en derredor a casos de similares contornos fácticos y jurídicos en la que se plantea todo lo pregonado a la indexación de la primera mesada pensional.

Es así que, para mejor brevedad se colaciona la sentencia SL 1222 de 2021, en la que reitera lo expuesto en la SL 736-2013, providencias en las que de manera general se trasluce la prosperidad de la indexación de la primera mesada pensional.

En lo atinente y que interesa a la Litis, se adoctrina:

*"Pues bien, respecto de la figura de la indexación, la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado (CSJ SL736-2013) que: (i) la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) la indexación constituye una especie de «derecho universal que procede para todo tipo de pensiones, reconocidas en cualquier tiempo», de modo que cualquier diferencia al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad. En consecuencia, tanto las pensiones legales, como las extralegales son susceptibles de esta corrección monetaria".*

*Esto quiere decir que resulta irrelevante si la prestación fue causada con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 o si tiene origen en la ley, pacto, convención, laudo, conciliación o acto unilateral del empleador, pues lo cierto es que la actualización de la base salarial de las pensiones constituye un derecho universal de todos los pensionados y, en esa medida, su carácter no es excepcional, sino general".*

Ahora, frente a la actualización del ingreso base para liquidar la prestación, en casos como el aquí estudiado en que transcurre un tiempo entre el retiro y el disfrute de la prestación, la providencia atrás aludida propala de manera histórica las decisiones que han tocado ese tema, empezando desde la de radicado No

46832 del 2012 hasta la SL649-2020, para adoctrinar que: *“procede la actualización del ingreso base que sirve para liquidar la pensión solicitada, siempre que transcurra un tiempo entre el retiro del servicio y el disfrute de la pensión”*.

Así las cosas, descendiendo al sub examine precisa la Sala que es equivocado el argumento según el cual, al venirse reconociendo la pensión vitalicia de jubilación de carácter especial desde el momento del retiro (30 de abril de 1991), una vez arribado a la edad de 50 años (10 de enero de 2003), solo era aumentar el 17% para ajustar el 75% de la pensión plena de jubilación, ello en la medida en que la pensión vitalicia de jubilación de carácter especial reconocida lo fue del 58%, cálculo que se encuentra detallado en la documental aportada al proceso por las partes.

Lo anterior, en razón a que, en efecto no transcurrió ningún lapso de tiempo entre el retiro y el disfrute pensional, pero debe decirse que la pensión otorgada a partir del 30 de abril de 1991, lo fue en un 58 % del salario promedio, misma que se obligó a reconocer hasta el cumplimiento de los 50 años, data en la que según lo establecido en el artículo 3 del Decreto No 1651 de 1991 se le reconocerá en un 75% del salario promedio consistente en la pensión de jubilación ordinaria, por ello, al hacer el ejercicio matemático, el reconocimiento a partir del cumplimiento de los 50 años (10 de enero de 2003) no podía consistir en aumentar solo la diferencia existente del 58% al 75%, ya que olvida la entidad demandada que la pensión que reconoció desde el 30 de abril de 1991 hasta el 09 de enero de 2003, se actualizó de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, con los reajustes anuales aplicable a las mesadas pensionales, que consisten en concreto al porcentaje de la inflación anual o incremento del IPC anual, mientras que para efectos de actualizar un ingreso base de liquidación se toma el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior, tanto del año inicial como final, y ese resultado se multiplica por el valor de la base de liquidación, generando el valor ACTUALIZADO de la mesada pensional, valor que no va a coincidir si la actualización de una suma fija de dinero en el tiempo se hace con el IPC anual con el que se actualiza las mesadas pensionales cada año, razón por la que, al obligarse la entidad demandada a reconocer la pensión plena de jubilación a la edad de 50 años debía en esa fecha actualizar la base de liquidación para luego aplicar el porcentaje del 75%, y en ese orden, el reconocimiento pensional a partir del 10 de enero de 2003 no se contraía a simplemente hacer la regla de tres, sino a actualizar la base de liquidación conforme la fórmula que ha establecido la Corte Suprema en estos eventos, y que se encuentra en las sentencias atrás colacionadas.

Como refuerzo de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2054-2022, en un caso de idénticos contornos al aquí expuesto y el que fue acogido por el juez primigenio, con respecto a establecer que se trata de una sola prestación, expresó:

*“[...] La postura adoptada por el Tribunal en la sentencia recurrida se acompasó con la tesis aquí expuesta respecto de la tipología de las pensiones a que se refiere el art. 7.º del Decreto 895 de 1991, de donde fluye que la pensión obtenida con tiempos servidos exclusivamente a la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, cumpliendo los requisitos allí referidos, es una sola prestación, que muta de proporcional a plena, cuando se llega a los 50 años de edad para alcanzar una tasa de reemplazo definitiva de 75% del IBL, calculado como lo señalan los artículos 9.º y 10...”*

En cuanto a que la demandada si debió actualizar la base de liquidación de la pensión plena de jubilación conforme la fórmula que ha establecido la Corte Suprema de Justicia indicó:

*"...Nótese que si bien se presentan algunas diferencias entre lo reconocido en su momento por Ferrocarriles Nacionales en Liquidación y el ejercicio de actualización o indexación hecho por la Corte, éstas son mínimas, y su explicación aritmética no sería atribuible a que el valor no se haya indexado por parte del reconocedor y pagador en el Salario = \$ 277.904,62 Fecha de retiro = 31-oct-91 Fecha de pensión = 30-jun-95 Fórmula  $V A = V_h \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$   $V A = \$ 277.904,62 \times 18,29 / 7,69$  Salario actualizado = \$ 660.972,11 Porcentaje de Pensión = 75% Valor de la Primera Mesada = \$ 495.729,08 Mesada Plena reconocida = \$ 487.610,14 Salario = \$ 231.608,92 Fecha de retiro = 28-may-91 Fecha de pensión = 19-mar-02 Fórmula  $V A = V_h \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$   $V A = \$ 231.608,92 \times 46,58 / 7,69$  Salario actualizado = \$ 1.402.905,53 Porcentaje de Pensión = 75% Valor de la Primera Mesada = \$ 1.052.179,14 Mesada Plena reconocida = \$ 1.037.026,58 Radicación n.º 89801 SCLAJPT-10 V.00 27 momento en que la prestación mutó de restringida a plena, pues de ser así, con los IPC aplicables en aquella época, década de los 90, la disparidad sería notoria y apreciable. Más bien, tales diferencias mínimas pueden ser atribuibles a factores diferentes, entre otros, al número de decimales que se utilizan para hacer las operaciones y a si las cuantías se «redondean» o no. Sólo para efectos comparativos, tómense, por ejemplo, los valores que determinó el a quo en su pronunciamiento (IPC con cinco decimales, f.º 141 a 141 vto.), que si bien resultan muy próximos al ejercicio efectuado por la Corte (IPC con dos decimales), tampoco son idénticos a éstos, ni a los que reconoció y pago la entidad demandada..."*

Frente a la fórmula y el IPC utilizado, la Sala de Casación Laboral (SL649-2020) en casos de similares contornos ha delineado:

*"Ahora, esta Corporación ha determinado que la fórmula para indexar la primera mesada pensional corresponde al valor del salario multiplicado por el cociente resultante entre el IPC final –estructuración del derecho- y el IPC inicial –data del último salario o desvinculación- y que esos índices económicos corresponden a los de 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Este criterio ha sido planteado en sentencias CSJ SL4629-2016, 5509-2016, CSL13688-2016, entre otras".*

Así las cosas y tal como lo efectuó el juez de primera instancia, se debe entrar a verificar si la demandada actualizó la base salarial en la forma indicada por la Corte Suprema de Justicia. Al descender al caso concreto, se tiene que la relación laboral del actor finalizó el 29 de abril de 1991 y la pensión plena de jubilación se le reconoció a partir del 10 de enero de 2003, razón por la cual, al reemplazar la fórmula matemática se tendría que tomar el IPC inicial el del 31 de diciembre de 1990 (**7.65**) y el IPC final el del 31 de diciembre de 2002 (**49.83**), para sustituir ambos valores que, luego de dividirse, daría como factor de indexación **6.51372549** y, al multiplicar este por el salario promedio (**\$239.202.97**), el salario base para liquidar la pensión sería **\$1.558.102** para el año 2003, valor superior al calculado por el a quo quien por error tomó como IPC inicial 7.69 como consta en . No obstante, al estudiarse el presente asunto en grado jurisdiccional

de consulta en favor de la demandada, se dispondrá a confirmar la decisión de primera instancia.

**4. Costas.** Sin costas en esta instancia al estudiarse la decisión en consulta. Las de primera se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO.: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 08 de mayo de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

Magistrada



**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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** PATRICIA MARÍA MARTÍNEZ DANGOND  
**Demandadas:** AFP PORVENIR S.A. Y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.  
**Radicación:** 35-2021-00284-02  
**Tema:** APELACIÓN - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - MODIFICA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023)

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.** Patricia María Martínez Dangond, instauraron demanda ordinaria contra Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Seguros de vida Alfa S.A., con el propósito de que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su hijo David Alfonso Dangond Martínez y, en consecuencia, se condene a las enjuiciada al reconocimiento y pago de la citada prestación económica desde la fecha del fallecimiento del causante, junto con sus correspondientes intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que David Alfonso Dangond Martínez, falleció el 4 de mayo de 2017, quien no tuvo esposa, compañera permanente como tampoco hijos, conviviendo únicamente con sus padres Darrel José Dangond Robles y Patricia María Martínez Dangond. Precisó que su padre es empleado, sin embargo, el fallecido suministraba ayuda a su madre. Explicaron que el causante se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 66.50%, dado al diagnóstico de origen común sarcoma fusocelular, con fecha de estructuración 22 de diciembre de 2015. Adujo que en consecuencia de lo anterior las codemandadas le reconocieron pensión de invalidez desde 12 de enero de 2017, razón por la cual solicitó la sustitución pensional, misma que le fue negada. (Expediente electrónico PDF 05SubsanacionDemanda)

### 2. Contestación de la demanda.

**2.1 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 no es responsable del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ya que la actora no acredita el requisito legal de dependencia económica y, por ende, tampoco tiene la calidad de beneficiaria de dicha prestación. Adujo que existía una mera colaboración o ayuda que no implicaba subordinación material o relevante frente al aporte que éste brindaba, más aún cuando la sociedad conyugal de la demandante estaba vigente con su cónyuge para el momento de fallecimiento del causante, por lo que existía una obligación de alimentos entre la pareja.

Refirió que la promotora del proceso se encontraba afiliada como beneficiaria en salud de su esposo, quien percibe ingresos propios con los cuales aportaba económicamente a la manutención del núcleo familiar de la sociedad conyugal. Por otro lado, resaltó que la AFP administra los aportes de cada afiliado y para tal efecto contrató una póliza de seguros de renta vitalicia en caso de reconocerse la pensión de vejez o de invalidez, de manera que a consecuencia del fallecimiento del causante, el fondo de pensiones ya no cuenta con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, ya que estos emolumentos fueron trasladados a Seguros de vida ALFA S.A. con el fin de cubrir la pensión de invalidez, por ende, no es factible el reconocimiento del pago de los intereses moratorios e indexación. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción de la obligación de tracto sucesivo y genérica.

**2.2. Seguros de vida Alfa S.A.** Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que la gestora del proceso no acredita el requisito legal de dependencia económica que hace referencia el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-111 de 2006. Explicó que la accionante aún mantiene sociedad conyugal con el padre del fallecido, lo que constituye una obligación de alimentos entre cónyuges, por lo que partiendo de la obligación de socorro y ayuda mutua se infiere que no existía dependencia económica con el pensionado, máxime cuando la actora convive en casa de su esposo, se encuentra afiliada como beneficiaria de él y tiene un hijo mayor en edad, quien tiene el deber de cuidado y auxilio con su madre en los términos del artículos 251 y 252 del Código Civil. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y genérica. (Expediente electrónico PDF 36ContestaciónDemandaSegurosAlfa)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 1 de febrero de 2023, en la que el juzgador condenó a las enjuiciadas a reconocer y pagar el 100% de la sustitución pensional de forma mensual y vitalicia a favor de Patricia María Martínez Dangond, en su calidad de madre del causante, a partir del 4 de mayo de 2017, con una mesada inicial de \$1.224.658. Condeno a las demandadas a pagar por concepto de retroactivo pensional la suma \$82.841.113,46, causado entre 22 de junio de 2018 al 31 de enero de 2023, junto con el pago de los intereses moratorios que dicta el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos a partir del 22 de agosto de 2021. Por último, gravó en costas a las encartadas.

Para arribar a tal decisiva, se propuso verificar si se cumplen los requisitos para la sustitución pensional a favor de Patricia María Martínez Dangond con ocasión del fallecimiento de su hijo David Alfonso Dangond Martínez. Con tal propósito, estimó como no controversial la fecha de fallecimiento del causante y su calidad de pensionado. conforme a ello, adujo que la norma que resulta aplicable al caso en concreto es la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, por tanto, una vez la cita, se adentra a la valoración de los medios probatorios, indicando que la demandante logró demostrar que en efecto dependía económicamente de su hijo, pues así lo colegía de los testigos, quienes afirmaron de forma coherente y precisa que el *de cuius* era quien sufragaba los gastos básicos de su progenitora, como alimentación y vestuario, dado que ella no contaba con un ingreso fijo ni pensión.

Dijo que el hecho de que la promotora del proceso mantuviera un vínculo matrimonial vigente con José Dangond Robles, no desdibuja la dependencia económicamente de la demandante con el fallecido, más aún cuando los testigos manifestaron que la pareja no convive bajo el mismo techo, ni mantenían relación sentimental alguna en tanto que estaban separados de hecho. Agregó que, aunque la actora percibía dinero por la elaboración de manualidades y actividades en costura; no obstante, la labor era informal,

siendo que los ingresos que recibía no eran constantes ni permanentes, por lo que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la dependencia económica de los padres respecto de sus hijos fallecidos no tiene que ser total y absoluta.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que las demandadas no acreditaron que la actora cuente con rentas o ingresos adicionales que le permitirán solventar sus necesidades básicas para concluir que era autosuficiente o independiente económicamente, debía condenar a las demandadas al pago de la prestación económica reclamada, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la negativa del reconocimiento pensional se sustentó en que la promotora de la litis no había acreditado dependencia económica de su hijo, lo cual quedó totalmente desvirtuado de ahí que resultó procedente su imposición.

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

**5.1. AFP Porvenir S.A.** Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación refiriendo que no tiene como obligación reconocer el pago de la pensión de sobrevivientes, puesto que, si bien reconoció pensión de invalidez al causante, esto se dio a través de la contratación de renta vitalicia que efectuó con Seguros de vida Alfa S.A., aseguradora que se comprometió a brindar una renta vitalicia hasta su fallecimiento y la del último de sus beneficiarios con derecho a pensión de sobrevivientes, de ahí que los dineros obrantes en la cuenta de ahorro fueron destinados a la citada, para ese mismo fin.

**5.2. Seguros de vida Alfa S.A.** Como fundamento de su alzada expuso que contrario a lo colegido por el A quo, la demandante no acreditó el requisito legal de dependencia económica, en la medida que aún mantiene sociedad conyugal activa, lo que presupone la existencia de la obligación de alimentos entre los cónyuges. Consideró que, partiendo de la obligación de socorro y ayuda mutua entre cónyuges y/o compañera permanente, conforme lo establece el artículo 176 del estatuto civil colombiano, la actora no podía tener dependencia económica respecto del causante, más aún cuando sigue conviviendo con su esposo en la misma casa de propiedad de él, mantiene su calidad de beneficiaria en el sistema de salud y cuenta con un hijo que no es discapacitado, quien tiene obligación solidaria con su madre, como lo dicta el artículo 251 y 252 del Código Civil.

Agregó que la dependencia económica de los padres frente a los hijos para acceder a una pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiarios es una circunstancia que debe ser probada por aquellos dentro del proceso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso; sin embargo, dentro material probatorio que reposa en el proceso no lo evidenció demostrado. Frente a los intereses moratorios dijo que la entidad aseguradora y el fondo de pensiones, negaron la pensión de sobrevivientes en aplicación estricta de la ley, por lo que no habría lugar a su condena.

**6. Alegatos de conclusión.** Las impugnantes alegan en su favor, los mismos argumentos expuestos al momento de recurrir la sentencia de primera instancia. Por su parte la parte demandante solicita se mantenga la decisión de primera instancia.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** 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 la recurrente.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Se encuentra demostrada la dependencia económica de la actora respecto de su hijo David Alfonso Dangond Martínez y, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión de su deceso?; y (ii) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar que las demandadas no acreditaron razones justificantes para no reconocer la prestación económica deprecada?

**3. Fallecimiento.** Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Davis Alfonso Dangond Martínez se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 09340969, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 4 de mayo de 2017, como se indicó en el libelo incoatorio.

**4. 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, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 4 de mayo de 2017. (SL701-2020)

**5. Calidad de pensionado.** No se discute que Davis Alfonso Dangond Martínez fue pensionado por invalidez, por el fondo de pensiones demandado, lo cual es aceptado por la misma y se corrobora con la comunicación que en tal sentido realizó el 12 de enero de 2017 al fallecido. (Expediente electrónico PDF 02Anexos, págs. 17 a 19)

**4. Parentesco.** Tampoco existe controversia en que la actora es la progenitora del causante, lo cual, también se extrae del registro civil de nacimiento adosado al informativo. (Expediente electrónico PDF 02Anexos, pág. 3)

**5. Requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.** El literal d) del art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, establece que, **a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho**, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes **los padres, si dependían económicamente del causante**.

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase de la norma en mención que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica "total y absoluta"**, al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtiene por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.



Frente al tema, igualmente la CSJ, entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

De igual modo, frente a la carga de la prueba tiene dicho la Corte que le corresponde a los padres demandante demostrar la dependencia económica, en tanto que a la parte demandada el deber de *"desvirtuar esa sujeción material"*, mediante medios suasorios que *"acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas"* (SL590-2018, reiterada en la SL4167-2020).

**6. Caso concreto.** Conforme a lo anterior y descendiendo al caso concreto, aduce la censura que la promotora del proceso no tiene derecho a percibir la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, considerando que no depende económicamente del mismo. Para tal efecto, sostiene que, contrario a lo esbozado por el A quo, tal requisito se encuentra desvirtuado en tanto que mantiene sociedad conyugal activa, lo que presupone la existencia de la obligación de alimentos con su esposo. A lo que sumó que la actora tiene un hijo quien debe propender por su cuidado y auxilio.

Desde esa perspectiva, desde ya considera la Sala que la censura no acierta al señalar que con dichas situaciones se derriba la conclusión a la que arribó el sentenciador de primer grado, cuando dijo que la madre del reclamante se encontraba subordinada económicamente a su hijo. Lo anterior, se explica por cuanto a que los medios de persuasión dan cuenta que el ingreso del pensionado alcanzaba para cubrir sus gastos propios y los de su progenitora, quien efectivamente dependía para satisfacer sus necesidades básicas del auxilio económico que el causante le brindaba.

A la anterior conclusión se arriba, luego de que en el diligenciamiento se escuchara a los testigos José Nelson Peñaloza Quintero y Enevis Leonor Flórez Kamerer, quienes fueron contestes y espontáneos en sus declaraciones, sin que se evidencie contradicciones en su testimonio.

En relación con la señora Enevis Leonor Flórez Kamerer, manifestó que por su vecindad con la demandante dio cuenta que el fallecido convivió con sus progenitores y su madre pese a que realizaba manualidades y actividades de costura, su hijo dado al ingreso que recibía sufragaba los costos de su progenitora, ya que la sociedad conyugal que mantiene con el esposo, si bien persiste, son separados de hecho. Atinente al señor José Nelson Peñalosa Quintero, afirmó en su testimonio que los conocía hace 32 años, dado a que eran vecinos y por tal circunstancia observó que el causante socorría económicamente a su progenitora, toda vez que era separada de su esposo, aunque cohabitan en la misma casa.

Lo primero que colige la Sala es que los testigos coinciden en afirmar que el aporte David Alfonso David Martínez a su madre era constante, aporte que se derivaba de su salario que era aproximadamente de \$3.000.0000, con lo cual se logra acreditar la dependencia económica, en la medida en que *"a la norma jurídica que gobierna el caso litigado, no le interesa si el causante demuestra o no el origen de los recursos que invierte en la manutención"*

*de aquellas personas a las que por razones simplemente naturales les debe agradecimiento”* (SL858-2021).

Igualmente, ha rememorado la máxima autoridad que no es necesario estimar de manera rigurosa o cuantificar exactamente el aporte del causante, ya que ello *"constituye un estimado económico subjetivo de un consumo aproximado cuya cuantificación se calcula a priori"* (SL858-2021), y en ese sentido, estima la Sala que el aporte prohiado por el causante a su progenitora se traducía en el pago de su sostenimiento, de sus cosas y del hogar, independiente de que los testigos no hayan señalado un valor exacto, pero que en sí reflejan que el hijo de la demandante era quien le ayudaba económicamente o realizaba el aporte económico a esta.

En este punto, conviene recordar que la Corte ha considerado que la dependencia económica se *"refleja en varias ayudas tanto monetarias, como en especie, que buscan solventar distintos menesteres -vestido, alimentación, vivienda, servicios públicos, transporte, entre otras-. De este modo, el hecho de que uno de sus descendientes le solventara una necesidad por su propia cuenta, no descarta que las demás fueran satisfechas con el aporte del causante"* (SL858-2021), ello para significar que la ayuda económica del hijo a la gestora de la litis solventaba en un todo sus gastos, intelección que no se puede derribar por el hecho de no ser beneficiaria en seguridad social del causante, ni descarta la dependencia económica, tampoco hace a la actora autosuficientes económicamente como lo esgrime la defensa de la aseguradora demandada.

Al respecto, en la misma providencia se trató el tema de los aportes en salud, en la que se dijo *"el servicio de salud es apenas una de las necesidades básicas de todo ser humano"*, y por ende, *"el hecho de que no haya sido inscrita como beneficiaria en salud del de cujus en nada desfigura el esquema de la economía familiar en la que el aporte del hijo fallecido era significativo"*, lo que mutatis mutandi desvanece la consideración del recurrente relativa a que le llamaba la atención que no haya estado inscrita como beneficiaria de su hijo.

Teniendo en cuenta los testimonios previamente rendidos cabe resaltar que ambos afirmaron que la señora Patricia María no tenía un trabajo formal ya que esta hacía arreglos con los cuales no satisfacía sus necesidades básicas, por el contrario, buscaba en su hijo, quien, en calidad de pensionado, cubrir sus gastos, ya que este no tenía hijos, esposa y compañera permanente, su único vínculo familiar cercano era su madre, la cual era dependiente de él en cuestión económica. Ahora, aunque del dicho de los testigos se advierte que la demandante vive con su cónyuge, la relación con este no cumple con los requisitos civiles, pues también afirmaron la pareja interrumpió la vida en común mutua, lo que lleva a la conclusión de que esta no tenía dependencia hacia su cónyuge.

En ese horizonte, es claro que existía un apoyo económico relevante y significativo por parte del *de cujus* hacia su madre, dadas las circunstancias socioeconómicas de la denunciante, aspecto que no puede eruirse por el hecho de aquella tenga un hijo mayor de edad, pues no existe un medio de convicción tendiente a demostrar que éste cubrió íntegramente sus necesidades y que por ende tuviese total autonomía financiera. Por el contrario, del análisis en conjunto de los medios de prueba incorporados al juicio se concluye que el aporte del hijo fallecido constituía un ingreso importante y determinante para el sostenimiento de su madre, es decir, permitía el causante con su colaboración económica subvenir parte de sus necesidades básicas, pues esa ayuda se direcciona con exclusividad a sobrellevar las cargas o gastos en que incurra y concurría en una proporción significativa a suplir esos gastos del hogar.

Así las cosas, aprecia la Sala que David Alfonso Dangond Martínez, era quien efectivamente se encargó del apoyo económico a su madre, además, se encuentra acreditado que el pensionado contribuía en su sostenimiento.

Acreditado como está, que el aporte del causante era relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de su madre, se invierte la carga de la prueba y le corresponde a la entidad de seguridad social "*desvirtuar esa sujeción material*", mediante medios suasorios que acrediten la autosuficiencia económica de la actora para solventar sus necesidades básicas. Situación que no logra materializarse, ya que no arrimó medio de prueba tendiente a probar tal hecho, a más porque la defensa se apuntala a la calidad de beneficiaria del servicio de salud con su cónyuge, con el que aduce mantiene lapsos de ayuda y socorro mutua, a fin de derruir la dependencia económica, aspectos que como ya se indicó no tienen contundencia requerida para desvirtuar la subordinación económica de la promotora del litigio frente a su hijo fallecido.

A partir de ello, no se encuentra desvirtuada por la enjuiciada la dependencia económica deprecada, pues incluso como se dijo al inicio de esta providencia, no se requiere demostrar dependencia total y absoluta, y, que no excluye ni desvirtúa el que los padres reciban ingresos o tengan patrimonio propio, siempre que no alcancen a cubrir los gastos de su propia vida. Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que, con el acervo probatorio recaudado, se probó que Patricia María Martínez Dangond acredita la dependencia económica que le prohijó su hijo, causando así la prestación contenida en el art. 47 de la L. 100/93, modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003.

Así las cosas, se sigue confirmar la decisión que en este punto tomó el Juez primigenia, pues, es claro que no cometió ningún desacierto.

**7. Responsabilidad de la aseguradora en el pago de la pensión de sobrevivientes.** Se debe tener en cuenta que las pensiones en el RAIS se financian con los saldos que tenga el afiliado en su cuenta pensional por concepto de aportes obligatorios, voluntarios cuando así lo dispongan o cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima, rendimientos financieros, bono y/o título pensional y subsidios del Estado, si hubiere lugar a ellos, y de ser necesario, para completar el capital que financie el monto de la pensión, **una suma adicional que correrá a cargo de una compañía aseguradora** para cuyo efecto las Administradoras de Pensiones se encuentran obligadas a contratar con éstas un **seguro de invalidez y de sobrevivientes**, sufragado con una parte de los aportes obligatorios. Dicha suma, en términos de los artículos 8° y 11° del Decreto 832 de 1996, será igual a la prima que esa aseguradora cobraría por una póliza de renta vitalicia de un salario mínimo, disminuida en el saldo de la cuenta pensional, incluido el valor del bono y/o título pensional. Cuando la aseguradora previsional haya pagado esa suma adicional, la cual ingresa al saldo de la cuenta, el afiliado podrá escoger a cualquiera de las modalidades de pensión previstas en la ley, conforme lo estipula el inciso 3 del artículo 11 del Decreto antes citado, aspecto que resulta de trascendental importancia como más adelante se detalla.

**8.1. Modalidad Pensional.** En lo que hace a las modalidades pensionales, sabido es que conforme al artículo 79 de ley 100 de 1993 quien se encuentre afiliado al RAIS y haya obtenido una pensión en este régimen, tiene derecho a contratar un seguro que le garantice el pago de una mesada pensional de forma vitalicia a él o a sus beneficiarios de ley, en las modalidades de renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida.

**8.2. Renta vitalicia inmediata.** Esta modalidad se encuentra regulada en el artículo 80 de la misma preceptiva, según la cual:

**"ARTÍCULO 80. RENTA VITALICIA INMEDIATA.** La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e

*irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento.*

*La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora.”*

En efecto, esta modalidad pensional implica que el afiliado contrata, con una aseguradora, el pago de su pensión de invalidez, a través de la celebración de un contrato de seguro, transfiriendo a la misma la totalidad de su capital pensional, mientras ésta se compromete a pagarle, a título de pensión, una renta o pensión periódica. Frente a la citada forma pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3707-2021, dijo al respecto:

*“Cabe recordar que el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 autoriza varias modalidades de pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, entre las cuales se encuentra la de renta vitalicia inmediata (art. 80, Ley 100 de 1993), que consiste en que el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con una aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho.*

*Es de destacar que en esta modalidad pensional el monto de la pensión será equivalente al cálculo actuarial del capital individual ahorrado y de las condiciones financieras relativas al pago de intereses que la aseguradora logre obtener por ese capital, labor profesional por la cual ésta recibe una remuneración denominada prima, de donde entre los elementos normativos de este tipo específico de estipulación, la irrevocabilidad no significa cosa distinta a que una vez perfeccionado el contrato de seguro, el afiliado no puede optar por ninguna otra de las modalidades de pensión. Por eso explicó al respecto la Corte Constitucional en la sentencia CC C-841-2003:*

*Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal, un contrato irrevocable entre el afiliado y una aseguradora, mediante el cual el afiliado adquiere un seguro que le otorga al beneficiario y sus descendientes el derecho a recibir una renta vitalicia mensual. Por su naturaleza, como contrato de seguro que es, los riesgos financieros y de contingencias propias de este tipo de contrato se trasladan a la compañía aseguradora, quien a partir de la celebración del mismo debe hacer las reservas necesarias, adquirir reaseguros y adoptar otras medidas para garantizar la rentabilidad y estabilidad del contrato. Por ello, resulta efectivamente conducente para garantizar la sostenibilidad del sistema y servicios administrativos y financieros adecuados, restringir la posibilidad de traslado en esta modalidad de pensión. De no establecerse esta restricción, ninguna aseguradora aceptaría asumir los costos de una renta vitalicia, si la continuidad de la relación con el beneficiario quedara sometida a su mera voluntad.”*

En cuanto al fondo del asunto, la censura le achaca un desatino al fallador de primer grado, considerando que el fondo de pensiones no debe asumir el pago de la prestación económica, en tanto que trasladó los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual del fallecido a la aseguradora codemandada, por virtud de la contratación de la Renta vitalicia inmediata, lo que imposibilita su condena.

Al respecto debe decir la Sala que no fue motivo de controversia por las partes que el fallecido al momento del reconocimiento de la pensión de invalidez escogió la modalidad pensional de renta vitalicia, la que fue contratada a través de Seguros de Vida Alfa S.A., aseguradora que se obligó a expedir la póliza, recibir el capital obrante en la cuenta de

ahorro individual del afiliado, pagar la renta mensual hasta que se produjo su fallecimiento y el pago de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho.

Por manera que siendo tal cobertura de manera automática y al ser la demandante beneficiaria de la prestación económica, es claro que la aseguradora, por virtud de la póliza, deba asumir la pensión de sobrevivientes aquí condenada, dado que se le extiende sus efectos en calidad de garante. En tal sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1779 de 2019, dijo al respecto:

*"En este sentido, y aunado a lo expuesto en precedencia, conviene precisar que cuando fallece el pensionado, bien sea por vejez o invalidez, el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, establece que «Las pensiones de sobrevivientes causadas por la muerte de un pensionado, se financian con los recursos previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez, según el caso, que estuviese recibiendo el causante al momento de su fallecimiento».*

*Lo que la norma quiere decir, es que la pensión de sobrevivientes, cuando muere el pensionado, como ya está financiada y se viene pagando, se continuará efectuando dicho pago con los recursos previstos para ello. Nótese que, a renglón seguido, el artículo en comento, hace una distinción según la modalidad de pensión elegida por el pensionado:*

*Cuando la pensión de sobrevivientes sea generada por muerte de un pensionado acogido a la modalidad de retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida, el exceso del saldo de la cuenta individual de ahorro pensional sobre el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes, podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.*

*Como la norma no trae explicación en el caso de que el pensionado hubiere elegido la modalidad de renta vitalicia inmediata, que fue lo ocurrido con Yasub Alberto Guerrero Navas, atendiendo a las reglas de dicha modalidad, la aseguradora que ha recibido el capital pensional, queda comprometida a pagar la pensión hasta su fallecimiento, y también a pagar la pensión de «[...] sobrevivientes a favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho», tal y como lo dispuso el artículo 80 Ley 100 de 1993.*

*En conclusión, se equivocó el Tribunal al considerar que le correspondía a Porvenir S.A., efectuar el pago de la prestación reclamada. Olvidó el juzgador que, al haberse elegido la renta vitalicia como modalidad de pensión, el capital acumulado por el afiliado en vida, ya no estaba en su cuenta de ahorro individual, pues la administradora de pensiones ya lo ha trasladado a la aseguradora, a quien como es lógico, le corresponde asumir la pensión de sobrevivientes a la que tienen derecho los beneficiarios de ley."*

Por lo expuesto, habrán de modificarse los numerales 1º y 2º de la sentencia confutada, para en su lugar, condenar a Seguros de Vida Alfa S.A., al reconocimiento pensional.

**7. 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 la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se sentó el criterio de que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge en su integridad el criterio que sobre la materia se encuentra fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican para **todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las mismas, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional. Así las cosas, la Sala concluye que los intereses moratorios deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en "*sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social 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*"

Sentado lo anterior, frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que: "*se causan a partir del plazo máximos 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, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de la aseguradora al establecer la inexistencia de dependencia económica, máxime cuando el postulado de su defensa es que no se encontraba como beneficiaria en el sistema general de seguridad social del causante, sino, de su cónyuge, con quien mantiene ayuda y socorro mutuo, aspecto que como quedó dicho no es la única circunstancia que genera dependencia, es decir, las razones que tuvo la citada para negar la prestación no son atendibles desde ninguna óptica y por ellos, no puede sostenerse que la negativa se funda en la aplicación minuciosa de la ley. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, teniendo en cuenta que la aseguradora debe responder por la sustitución pensional, tal suerte correrá con los intereses moratorios, por así disponerlo el artículo

141 de la Ley 100 de 1993. En tal virtud, se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada.

**8. Costas.** En esta instancia a cargo de Seguros de vida Alfa S.A. y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Se revocará la condena en costas en contra de la AFP Porvenir S.A., toda vez que prosperó en su integridad la alzada que formuló en contra de la sentencia de primer grado.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales 1º, 2º y 3º de la sentencia proferida el 1 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, los cuales quedará de la siguiente forma:

“**PRIMERO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** a reconocer y pagar el 100% de la sustitución de la pensión en forma mensual y vitalicia a favor de la señora **PATRICIA MARÍA MARTÍNEZ DANGOND**, en calidad de madre del señor **DAVID ALFONSO DANGOND MARTÍNEZ**, en cuantía inicial de \$1' 224.658, sujeta a los reajustes de ley, a partir del 4 de mayo de 2017.

**SEGUNDO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** a pagar a favor de la señora **PATRICIA MARÍA MARTÍNEZ DANGOND** la suma de \$82'841.113,46 por concepto de retroactivo pensional causado durante el periodo comprendido entre el 22 de junio de 2018 al 31 de enero de 2023, el cual incluye la mesada adicional y reajustes anuales. A partir del 1 de febrero de 2023, las demandadas deberán pagar debidamente ajustada la mesada a la que tiene derecho la demandante, con sus respectivos reajustes legales y mesada adicional.

**TERCERO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** a reconocer a favor de la señora **PATRICIA MARÍA MARTÍNEZ DANGOND** los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 22 de agosto de 2021.”

**SEGUNDO: REVOCAR** parcialmente el numeral 4º de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a **AFP PORVENIR S.A.**, de las costas del proceso.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en la presente instancia en favor de la demandante y a cargo de la aseguradora. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**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 **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** en la suma de \$4.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada