

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAÚL ROMERO SANDOVAL CONTRA TRANSPORTADORA DEL META SAS, META PETROLEUM COR. SUCURSAL COLOMBIA Y ECOPETROL S.A. Rad. 2016 00598 01. Juz 29.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalados por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

#### **SENTENCIA**

RAÚL ROMERO SANDOVAL demandó a TRANSPORTADORA DEL META S.A.S, META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA y ECOPETROAL S.A para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 163 a 165.

#### **PRINCIPALES:**

- Nivelación salarial
- Bono de productividad
- Bono de accidentalidad
- Reliquidación de prestaciones sociales incluyendo bonos de productividad y accidentalidad, horas extras, dominicales y festivos, viáticos y la Prima no constitutiva de salario y/o PRIMA EXTRAL CAM" devengados entre el 8 de marzo de 2012 y el 12 de diciembre de 2014

#### **SUBSIDIARIAS:**

- Reliquidación de prestaciones teniendo en cuenta la prima no constitutiva de salario y/o PRIMA EXTRAL CAM"
- Reajuste de las horas extras diurnas y nocturnas
- Reajuste horas extras en dominicales y festivos
- Aportes a pensión con el salario real
- Indemnización moratoria
- Sanción por no consignación de las cesantías a un Fondo
- Reajuste de la indemnización por despido sin justa causa
- Solidaridad entre las demandadas

- Ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 165 a 176, que por lo extensos se resumen de la siguiente manera: Que celebró contrato de trabajo con la empresa TRANSMETA S.A.S desde el 8 de marzo de 2012 hasta el 12 de diciembre de 2014 para desempeñar el cargo de conductor de tracto camión, donde debía realizar también labores de cargue y descargue con una duración de 6 horas conforme a los turnos correspondientes dada la cantidad de camiones; que cumplía un horario de 5 a.m. a 8 p.m. Informa que el salario le fue incrementado el 6 de octubre de 2012 a la suma de \$1.560.643. Manifiesta que el 22 de enero de 2016 solicitó las guías únicas de transporte lo que fue contestado el 19 de octubre de 2016 sin anexar la documentación solicitada y el 22 de enero de 2016 elevó derecho de petición con el mismo fin a las otras demandadas quienes respondieron negativamente. Que presentó reclamación ante ECOPEPETROL S.A. y TRANSMETA S.A.S el 22 de enero de 2016 con respuesta negativa a sus reclamaciones.

Afirma que no le fueron cancelados durante la relación laboral los dominicales y festivos laborados, no tuvo compensatorios y no fueron incluidos para la liquidación de sus prestaciones el valor de los viáticos ni el valor de la prima no constitutiva de salario que devengó en forma permanente, que igualmente no le fueron canceladas las horas extras laboradas durante la relación laboral en número de 6 horas extras diarias diurnas y nocturnas,

Indica que entre TRANSMETA S.A.S Y ECOPEPETROL S.A. se celebró un contrato de transporte de hidrocarburos bajo el esquema de disponibilidad permanente total y exclusiva de carro tanques al servicio de la operación de ECOPEPETROL S.A. y sus asociadas y grupo empresarial, donde se pactó el salario que el contratista se obligaba a pagar conforme al "Anexo No. 1 Lista de Precios unitaria" que hace parte integral del contrato, lo que fue desconocido por TRANSMETA S.A.S. Considera que existe solidaridad entre las demandadas por cuanto la labor ejecutada por el actor hace parte del giro ordinario de los negocios de las demandadas y corresponde al objeto económico principal.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad el 13 de diciembre de 2016 (fl. 201) notificadas las partes y corrido el traslado, las accionadas contestaron en la forma y términos que a continuación se señalan:

META PETROLEUM CORP (fls. 208 a 215)

- No aceptó las pretensiones de la demanda por considerarlas improcedentes
- Aceptó los hechos relacionados con las peticiones y la respuesta a las reclamaciones del accionante y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda
- Como excepciones de fondo propuso las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas y la de prescripción.

TRANSPORTADORA DEL META – TRANSMETA SAS (fl. 306 a 340)

- Aceptó la pretensión relacionada con la existencia del contrato de trabajo y se opuso a las demás por considerarlas improcedentes
- Aceptó la existencia del contrato de trabajo entre el 8 de marzo de 2012 y el 12 de diciembre de 2012 que terminó por renuncia voluntaria para lo que se suscribió una transacción donde declaró a paz y salvo a la empresa, aceptó haber recibido las peticiones y haber dado respuesta a las mismas, y manifestó que no le constaban o no eran ciertos los demás hechos.
- Propuso como excepción previas la de cosa juzgada y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y cosa juzgada.

Se vinculó como llamada en garantía a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA (fl. 341) quien contestó la demanda como se observa a folios 441 a 474.

- Se opuso a las pretensiones relacionadas con las condenas incoadas contra TRANSMETA S.A.S. y manifestó no oponerse ni allanarse a las relacionadas con la existencia del contrato de trabajo.
- En cuanto a los hechos manifestó que no le constan o no son ciertos.
- Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la causa petendi por ausencia de solidaridad frente a la llamante en garantía, cobro de lo no debido por ausencia de solidaridad, exclusión en el pago de rubros que no sean salariales ni prestacionales, prescripción, inexistencia de cobertura frente a obligaciones que se reclamen antes o después de la entrada en vigor de la póliza de cumplimiento a favor de particulares; límite de valor asegurado, buena fe y la innominada o genérica.

ECOPETROL S.A. (fls. 384 a 504)

- Se atuvo a lo probado respecto de la existencia de la relación laboral y se opuso a las demás pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el contrato de transporte suscrito con TRANSMETA S.A.S., las peticiones y reclamaciones presentadas por

el actor, así como las respuestas dadas y manifestó que no le constaban los demás hechos.

- Como excepciones perentorias propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de solidaridad a cargo de ECOPEPETROL S.A. y buena fe.

LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. contestó la demanda y el llamamiento en garantía conforme obra a folios 605 a 627.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía
- En cuanto a los hechos manifestó que no le constan y se atuvo a lo probado en el proceso; aceptó lo relacionado con el contrato de transporte entre ECOPEPETROL Y TRANSMETA S.A.S. y las cláusulas de dicho contrato. Negó o manifestó no constarle los demás hechos.
- Propuso como excepción previa la de prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro contenido en la póliza de cumplimiento No. NB-100013494 y como excepciones de fondo las de ausencia de responsabilidad solidaria por cuanto ECOPEPETROL S.A. no tenía ningún vínculo laboral con el demandante; pago de salarios y prestaciones sociales, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación, inadecuada interpretación del texto del contrato de transporte celebrado entre ECOPEPETROL S.A. Y TRANSMETA S.A.S., prescripción, límite indemnizatorio, y la genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia de la relación laboral entre el actor y TRANSMETA S.A.S. desde el 12 de marzo de 2012 hasta el 12 de diciembre de 2014. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 21 de enero de 2013 y no probada la excepción de cosa juzgada. Condenó a TRANSPORTADORA DEL META S.A.S al pago de la reliquidación de las siguientes acreencias debidamente indexadas:

Auxilio de cesantías	\$1.787.955
Intereses sobre cesantías	\$ 206.676
Prima de servicios	\$ 480.883
Vacaciones	\$1.238.792

Condenó al pago de la suma de \$19.000.056 por concepto de indemnización moratoria y al pago de los aportes a seguridad social en pensiones conforme al

cálculo actuarial que realice el Fondo al cual se encuentre afiliado el demandante, sobre las siguientes diferencias relacionadas con la prima no constitutiva de salario:

Abril de 2012	\$ 625.000
Agosto de 2012	\$ 694.055
Septiembre de 2012	\$ 895.010
Octubre de 2012	\$1.054.910
Noviembre de 2012	\$1.240.731
Diciembre de 2012	\$ 952.160
Enero de 2013	\$ 851.300
Febrero de 2013	\$ 851.300
Marzo de 2013	\$1.054.311
Abril de 2013	\$1.176.055
Mayo de 2013	\$1.175.961
Junio de 2013	\$ 851.561
Julio de 2013	\$ 851.561
Agosto de 2013	\$ 851.561
Septiembre de 2013	\$ 931.661
Octubre de 2013	\$ 851.561
Noviembre de 2013	\$1.175.961
Diciembre de 2013	\$ 892.111
Enero de 2014	\$ 851.561
Febrero de 2014	\$ 851.561
Marzo de 2014	\$ 973.211
Abril de 2014	\$ 851.561
Mayo de 2014	\$ 851.561
Junio de 2014	\$ 851.561
Julio de 2014	\$ 851.561
Agosto de 2014	\$ 951.561
Septiembre de 2014	\$ 851.561
Octubre de 2014	\$ 851.561
Noviembre de 2014	\$ 851.561
Diciembre de 2014	\$1.166.561

Absolvió a TRANSPORTADORA DEL META S.A.S de las demás pretensiones incoadas en su contra y absolvió de todas las pretensiones de la demanda a ECOPETROL S.A., METAPETROLEUM hoy FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA, SEGUROS MAPFRE Y COMPAÑÍA MUDIAL DE SEGUROS y condenó en costas de TRANSMETA S.A.S.

Llegó a esa determinación por encontrar que conforme al anexo No. 1 del contrato de transporte suscrito entre ECOPETROL S.A.S. y TRANSMETA S.A.S. no se demostró en el proceso que el demandante prestara sus servicios en forma exclusiva a ECOPETROL S.A. o que esta empresa tuviera empelados de planta que prestaran iguales servicios que el actor. En cuanto a las horas extras, viáticos y prima de campo señaló que las horas extras no se encontraban demostradas de manera precisa y clara, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad. No. 45931 de 2016, por lo que al no existir una prueba que permitiera cuantificar las horas extras laboradas, no era posible imponer una condena. En relación con los viáticos consideró que cuando se pagan deben especificarse los conceptos y conforme a las pruebas no se cancelaron en forma continua y no se especificaron los conceptos por los que se cancelaban, por lo que absolvió a la demandada.

Respecto de la prima especial de campo señaló que conforme a los artículos 127 y 128 del C.S.T., constituía factor salarial, toda vez que si bien existe la libertad de pactarlas como no constitutivas de factor salarial, lo cierto es que esta prima retribuía directamente el servicio prestado por el trabajador, razón por la que constituía factor salarial. Revisó la transacción y señaló que al tratarse de derechos ciertos e indiscutibles no eran renunciables o transables, por lo que al ser factor salarial no quedaba cobijado por la transacción.

Tuvo en cuenta que prosperaba parcialmente la excepción de prescripción respecto de la reliquidación de las acreencias laborales anteriores al 21 de enero de 2013, salvo para los aportes a seguridad social. Impuso las condenas antes relacionadas debidamente indexadas, así el pago de la indemnización moratoria al no encontrar una causa que justificara la mora en el pago de las prestaciones incluyendo la prima de campo. Manifestó respecto de la solidaridad deprecada con ECOPETROL S.A. que revisado el objeto social de las empresas no formaba parte del objeto social de ECOPETROL S.A. el transporte terrestre por lo que no había lugar a la solidaridad.

### **Recurso de Apelación**

**Parte actora.-** Interpuso recurso de manera parcial, sobre los siguientes puntos:

**Prescripción.-** Por considerar que ésta opera desde que se hace exigible la obligación y en este caso era desde el momento en que se dejó de prestar el servicio, por lo que el término de la prescripción iniciaba a contarse a partir del 12 de diciembre de 2014 y en consecuencia no habían prescripción.

**Viáticos.-** En relación con los viáticos, señaló que existían unas suma globales canceladas al trabajador por gastos de viaje que incluían alimentación y alojamiento, por lo que la duda debe favorecer al trabajador por lo que debía tomarse esa suma como un valor integral y no obligar al trabajador a determinar cuál era el valor por cada concepto.

**Horas extras.-** En cuanto a las horas extras, señaló que el empleador debe hacer una relación de las horas extras laboradas, carga de la prueba que le corresponde al empleador y no al trabajador, pues la empresa es la que vigila el viaje mediante GPS para establecer el tiempo laborado.

**Nivelación salarial.-** Por último, considera que procede la nivelación salarial conforme al anexo No. 1 del contrato de transporte, y no tener en cuenta que lo manifestado por ECOPEPETROL ya que no tiene asidero jurídico y fue aceptado en el interrogatorio de parte que se necesitaban 48 equipos y para cada equipo solo se requería un conductor por lo que ese valor era para el actor y que al igual debía cancelarse el bono de accidentalidad.

**La parte demandada.-**

**TRANSMETA S.A.S.-** Interpuso recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

**Nivelación salarial** tomando como factor al prima de campo, para lo que argumentó que desde el inicio de la relación laboral se estableció claramente que se iban a otorgar unos pagos que no constituían factor salarial y se acreditó cuál era la finalidad de ese pago por mera liberalidad que era compensar el vacío que se generaba en su hogar la ausencia del trabajador y no había forma de determinar el perjuicio o daño dependiendo de la distancia y por eso la empresa estableció como sistema el kilometraje, pero que no era como retribución del servicio. También resaltó que operó una confesión ficta porque el demandante no asistió a la audiencia de conciliación ni al interrogatorio de parte decretado y por ello debe tenerse por probado que esa era la finalidad de la prima.

**Cosa juzgada.-** Manifestó que en la transacción se estaba acordando la obligación o no de incluir la prima de campo para el pago de las prestaciones y por lo tanto requería de debate, de unos elementos probatorios que demostraran que era retributivo del servicio y por eso no era un derecho cierto e indiscutible y por este motivo podía ser objeto de la transacción. Resaltó que de manera específica se

mencionó así y fue firmada el 11 de diciembre de 2014, cuya nulidad no se solicitó en la demanda.

**Indemnización moratoria.-** Por último respecto de la indemnización moratoria expresó que la parte no asistió a la conciliación ni al interrogatorio de parte y que existió buena fe de la parte demandada pues siempre mantuvo la misma posición desde el inicio de la relación laboral y que el acuerdo transaccional fue aceptado y no ha sido declarado nulo y en el punto 7º las partes transaron la indemnización moratoria y por cualquier otra causa, por lo que la indemnización moratoria fue objeto de transacción ya que no era un derecho cierto e indiscutible ya que debía analizarse o debatirse la existencia de una buena fe. Además, considera que debe tenerse en cuenta la existencia de la compensación pues se acreditó que se pagó con la transacción y por eso al menos debía tenerse como compensado dicho pago.

**Indexación.-** En cuanto a la indexación indicó que es improcedente toda vez que se impuso también la condena al pago de la indemnización moratoria y solicita se revisen los valores que se tuvieron en cuenta para efectuar dichas condenas.

**Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Pide se revoque parcialmente el fallo proferido en lo relacionado a la nivelación salarial por haber un valor fijado por Ecopetrol que le correspondería al actor debido a la labor desempeñada para esta empresa; también que se revoque lo relativo a horas extras y trabajo desempeñado porque se debe realizar una inversión de la carga de la prueba y debía aportar la entidad, las guías de transporte donde reposa la información correspondiente a estos rubros. Igualmente, que no se puede predicar la prescripción en este caso al haber terminado la relación laboral en 2014 y presentarse la acción en 2016 y también en lo relacionado con los viáticos porque deben ser reliquidados según la cantidad efectivamente utilizada por el demandante en los gastos de sus viajes ya que en este caso son factor salarial.

**Parte demandada:**

**ECOPETROL:** Indica que el actor era trabajador de Transportadora del Meta SAS y no de Ecopetrol, que son empresas que tienen distinto objeto social por lo que no se predicaría la solidaridad en este caso, ya que en esta entidad no hay ningún trabajador de planta con las funciones del demandante y que se presenta la

prescripción parcial en este caso, por lo tanto Ecopetrol no es responsable de las obligaciones laborales que le correspondan al accionante.

**TRANSPORTADORA DEL META:** Solicita se revoquen las condenas impuestas en su contra ya que la prima extralegal no constituye salario al haberse acordado así por las partes, dice que la entidad actuó de buena fe al proceder bajo el acuerdo realizado con el accionante y que la prima extralegal al ser un derecho incierto u discutible quedó cubierta con la transacción, lo que daría lugar a la excepción de cosa juzgada.

**FRONTERA ENERGY:** Manifiesta que en la fecha en que existió la relación laboral del actor con TRASMETA S.A.S. no hubo ningún vínculo comercial con esta empresa por lo que no puede hablarse de la existencia de solidaridad ya que al no tener relación alguna en su objeto social con TASNMETA S.A.S. por lo que su representada no es llamada a responder en ningún aspecto.

**MAPFRE:** Pide se confirme la decisión proferida en relación con la inexistencia de la solidaridad entre TRASNMETA y METAPRETROLEUM ya que tienen distinto objeto social, por lo que esta entidad no tendría responsabilidad alguna en el llamamiento en garantía y además no debe pagar por situaciones presentadas con anterioridad a la vigencia de la póliza de cumplimiento.

**COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS:** Manifiesta que debe ser absuelta de las pretensiones de la demanda ya que al ser absuelto Ecopetrol en este proceso no está llamada a responder la Compañía Mundial de Seguros mediante su póliza de seguros de cumplimiento.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

De conformidad con los aspectos que fueron objeto de apelación se procederá a resolver en primer lugar las inconformidades de la parte demandada y posteriormente los puntos que fueron apelados por la parte actora.

## **Parte demandada**

**Nivelación salarial incluyendo la Prima no constitutiva de salario.** – No fue objeto de controversia que al demandante se le cancelaba mensualmente una prima extralegal no constitutiva de salario, como tampoco que acorde con la cláusula tercera del contrato de trabajo (fl. 36 a 39), las partes acordaron expresamente en la cláusula tercera que “no constituyen salario los pagos o reconocimientos que se le hagan al trabajador en dinero o en especie por concepto de beneficios o auxilios ocasionales o habituales, tales como alimentación, habitación, vestuario, transporte, aguinaldos, pasajes, uniformes, sobresueldos primas o bonificaciones extralegales de vacaciones, se servicios, de antigüedad y de navidad, auxilios o becas para estudio, auxilios por muerte de familiares, por calamidad doméstica, auxilios o reconocimientos por drogas o consultas médicas u odontológicas, bonos por desplazamientos o cualquier otro pago o beneficio.”

El artículo 128 del código sustantivo del trabajo señala los pagos que no constituyen salario en los siguientes términos: *«Pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*

La norma permite que entre empleador y trabajador se acuerden pagos que no constituyen salario, pero es preciso que dichos pagos cumplan con determinados criterios, pues si bien la norma da cierta libertad para que las partes acuerden que algunos pagos no constituyan salario, también lo es, que deben cumplir ciertos requisitos como que el pago no retribuya el trabajo, que no se cambie la naturaleza de un pago; que sea específico y que tenga una destinación específica, pues cualquier pago que tenga como objetivo remunerar al trabajador por su servicio no puede ser calificado como ingreso no constitutivo de salario.

Así las cosas, se tiene que, en este caso el pago que se hacía por este concepto, lo era teniendo en cuenta el kilometraje recorrido, es decir, de acuerdo al desplazamiento y previamente se había pactado expresamente en la cláusula tercera del contrato de trabajo que no sería constitutivo de salario el reconocimiento de un bono por desplazamiento que es lo que corresponde o se entiende como la prima extralegal de campo que se reconocía por kilometraje recorrido no constitutiva de salario, que se pagaba mensualmente al demandante. Razón por la que debe revocarse la sentencia de primera instancia en este aspecto y en su lugar absolver a la demandada de las condenas impuestas por incluir esta prima como factor salarial para reliquidar las prestaciones sociales del trabajador que fueron reconocidas en la sentencia recurrida.

Aún, si en gracia de discusión se aceptara que la prima así pactada era constitutiva de factor salarial, es necesario tener en cuenta que existió una transacción entre las partes y por lo tanto debe analizarse si esta prima de campo (bonificación por desplazamiento) era un derecho cierto e indiscutible que no podía ser objeto de transacción o si por el contrario podía ser transado.

Para este efecto, es necesario señalar que un derecho incierto es aquel sobre el cual no existe certeza, y por tanto es posible discutirlos o controvertirlo para que el juez sea el que defina quién tiene la razón, y la certeza llega solo cuando el juez profiere una sentencia que así lo determine, es decir que un derecho incierto es aquel que no adquiere la calidad de cierto e indiscutible mientras no exista una decisión judicial al respecto, por cuanto requiere de pruebas que así lo acrediten y por tanto no hay certeza frente al derecho reclamado, y en consecuencia los derechos inciertos que por su falta de certeza son discutibles, pueden ser objeto de una conciliación o transacción sobre ellos, precisamente porque hay incertidumbre sobre su existencia así que las partes mediante acuerdo de voluntades pueden efectuar sobre ellos una transacción.

En este caso, la prima no constitutiva de salario (prima extra legal de campo o bono por desplazamiento) ya mencionada, era un derecho incierto y discutible, toda vez que requería de pruebas y de una decisión judicial para que se determinara si constituía o no factor salarial, motivo por el cual podía ser objeto de transacción como en efecto se hizo en este caso, donde la parte demandada TRANSMETA S.A.S. y el trabajador RAÚL ROMERO SANDOVAL el día 11 de diciembre de 2014, suscribieron una transacción incluyendo este aspecto, la cual obra a folios 287 a 290, en la que expresamente pactaron lo siguiente:

*"2. En el mismo sentido las partes han llegado a un pleno acuerdo transaccional sobre la totalidad de las acreencias laborales presentes y de cualquier otra posible reclamación que pudiera surgir con ocasión de la causación y pago de salarios, recargo nocturno, hora extras, recargo por trabajo en domingos o festivos, descansos compensatorios remunerados, vacaciones, comisiones, prestaciones sociales, cualquier prestación legal, reajustes de prestaciones, auxilios, beneficios o prestaciones extralegales en dinero y en especie, prima extralegal de campo la cual las partes reconocen que no es ni ha sido salarial pues no retribuye de manera directa el servicio prestado por el trabajador, bonificación anual, reajuste de auxilios, beneficios y prestaciones extralegales por cualquier causa y cualquier derecho incierto presente derivado directa o indirectamente de la relación laboral.*

En consecuencia, al tratarse de un derecho incierto que podía ser objeto de transacción, acuerdo que no fue objeto de controversia en el proceso pues no se solicitó su nulidad, debía declararse probada la excepción cosa juzgada propuesta por la empleadora. Sin embargo, no hay lugar a ello, por cuanto como se indicó anteriormente la prima extralegal reconocida no era constitutiva de factor salarial.

En concordancia con lo anterior, no hay lugar al pago de indexación ni de indemnización moratoria, máxime cuando la indemnización moratoria también fue objeto de la transacción en el numeral 7º de dicho acuerdo y también era un derecho incierto y discutible.

### **Parte actora.-**

Interpuso recurso de manera parcial, respecto de la declaratoria de prescripción, las horas extras, los viáticos y la nivelación salarial conforme al anexo No. 1º del contrato de transporte suscrito entre las demandadas.

**Horas extras.** – Indica el apoderado del actor que la demandada debía aportar la documental requerida para acreditarlas. Al respecto se debe señalar que TRANSMETA SAS en la contestación de la demanda manifestó que había entregado al acto los documentos con la información que obraba en su archivo, aportaron los comprobantes de nómina correspondientes.

Adicionalmente, en este caso no se practicaron los testimonios decretados por solicitud de la parte actora por falta de interés de esta y el demandante no asistió tampoco al interrogatorio de parte que debía absolver por lo que debe decirse que no fue por falta de la documental que se absolvió a la demandada de la condena al

pago de horas extras, sino porque no se acreditó por ningún medio de prueba la existencia de la horas extras alegadas y motivo por el cual no hay lugar a condena alguna por éste concepto.

**Viáticos.** – Indica el recurrente que debieron tenerse en cuenta los viáticos que le eran pagados al demandante, para lo que se tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 131 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone:

- “1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.*
- 2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.*
- 3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquellos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.”*

Al respecto es necesario tener en cuenta que no obra prueba alguna que permita determinar cuáles eran los conceptos pagados, como tampoco que fueran en forma permanente pues revisada la prueba documental aportada estos se reconocieron en forma muy esporádica. Adicionalmente, también fueron objeto de transacción y podían serlo, dado que se trata de derechos inciertos y discutibles.

**Nivelación salarial.**- Lo primero que se observa, es que no se demostró que el actor hubiera prestado sus servicios única y exclusivamente en cumplimiento del contrato suscrito entre TRANSMETA S.A,S Y ECOPEPETROL S.A., pues en efecto, así lo manifestó en el interrogatorio de parte el representante legal de ECOPEPETROL S.A. puesto que la empresa TRANSMETA SAS prestaba sus servicios a otras empresas; y conforme al certificado de la Cámara de Comercio, dicha empresa podía realizar cualquier actividad comercial lícita y aunque su objeto principal es el transporte terrestre de carga, no solo lo es de hidrocarburos, sino también de aceites, combustibles y mercancías entre otros, por lo que debía el demandante demostrar que su labor había sido en forma exclusiva para el cumplimiento del mencionado contrato, toda vez que en su contrato de trabajo (fl.36) se indica en la cláusula segunda como obligaciones en el literal b) la de “desempeñar las labores de chofer conductor de los camiones o vehículos de transporte de carga que el empleador le asigne y que estén destinados al servicio de transporte de hidrocarburos y en general cualquier otro tipo de bienes susceptibles de ser transportados en camiones...”, por lo que no se acreditó que su labor hubiera sido en forma exclusiva para beneficio de

ECOPETROL S.A. y por lo tanto no procedía la aplicación al demandante de los salarios reconocidos a los trabajadores de ECOPETROL S.A.

Por otra parte, el contrato en mención establece como objeto el servicio de transporte de hidrocarburos líquidos en carro tanques a nivel nacional para ECOPETROL S.A. y en la cláusula tercera se establece que "cada precio unitario comprende todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución de la respectiva actividad y/o suministro que hacen parte del objeto del contrato, que incluye entre otros los gastos de administración, salarios y prestaciones sociales del personal; incrementos salariales y prestacionales, desplazamiento, transporte, alojamiento y alimentación del equipo de trabajo del contratista, honorarios, asesorías en actividades objeto del contrato...", por lo que la cláusula es clara en establecer los aspectos que incluye el valor allí establecido, tales como gastos de administración de la empresa empleadora, honorarios y asesorías entre otros, razones por las que no hay lugar al pago de la nivelación solicitada.

Así las cosas, se hace innecesario el estudio de la inconformidad relacionada con la declaratoria de prescripción, puesto que se revocará la sentencia en todas sus partes y se absolverá a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

### **COSTAS**

Las de primera se revocan. Las de alzada estarán a cargo de la parte actora. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO. - REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de diciembre de 2020 y en su lugar ABSOLVER a las demandadas TANSPORTADORA DEL META S.A.S., METAPRETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA, ECOPETROL S.A.S, SEGUROS MAPFRE y la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.AS. de todas las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS:** Las de primera se revocan. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

**Notifíquese y Cúmplase**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

**EN PERMISO  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ FRANCISCO QUIROZ OÑATE  
contra DRUMMOND LTDA Rad. 2018 00051 01 Juz 18.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

JOSÉ FRANCISCO QUIROZ OÑATE demandó a DRUMMOND LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 7 a 10.

- Contrato de trabajo término indefinido desde el 10 de abril de 2002 el cual se encuentra vigente.
- Declaratoria de ineficacia de la cláusula del contrato de trabajo que determina que el actor es un trabajador de dirección y confianza.
- Reliquidación de las acreencias laborales conforme el trabajo suplementario.
- Pago de aportes a pensión.
- Aplicación de los beneficios de la convención colectiva.
- Indemnización moratoria del art. 99 de la Ley 50/90.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fls 10 a 16. Se vinculó con la pasiva mediante un contrato de trabajo a término indefinido el 10 de abril del 2002, en el cargo de ayudante de maquinista y fue promovido al de maquinista de locomotora, su salario actual es de \$7.857.585. En la cláusula tercera del contrato de trabajo suscrito entre las partes, se estableció que conforme a la naturaleza de las funciones, el cargo ocupado por el actor es de dirección, confianza y manejo. Sus funciones, consisten en manipular y conducir el equipo tractivo del tren (locomotoras) desde el

puerto de Ciénaga – Magdalena hasta las minas que son propiedad de la empresa en el municipio de la Loma Calenturita en el departamento del Cesar, efectuar la revisión e inspección de los vehículos y las actividades propias de la conducción del mismo. Dijo que no representa al empleador dadas las actividades que realiza, las ordenes e instrucciones provienen del gerente, el superintendente y los supervisores de área. Su horario de trabajo es por turnos de 12 horas que inician a partir de las 7:00 a.m. hasta las 7:00 p.m. durante siete días, con tres días de descanso o, desde las 7:00 p.m. a 7:00 a.m. por siete días, con cuatro días de descanso por lo que labora un promedio de 84 horas semanales, sin que se le hayan reconocido el pago de trabajo suplementario. El actor se encuentra afiliado al Sindicato Agremiación de Tripulantes de Trenes “AGREGRITRENES”, en el cual se pactó a través de la Convención Colectiva de Trabajo (2016 – 2019) en su artículo 50, que a partir del mes de abril del año 2004 la empresa aplicaría los recargos para efectos de la remuneración del trabajo suplementario.

La agremiación AGRETRITRENES el 09 de octubre de 2015, petitionó a la convocada a juicio, el reconocimiento y pago de horas extras, además de la supresión de la cláusula de los trabajadores de manejo y confianza para quienes ocupan el cargo de maquinistas de locomotoras y ayudantes de maquinistas, sin embargo, al no obtener respuesta positiva, la organización sindical requirió a la demandada ante el Ministerio de Trabajo y en audiencia celebrada el 12 de noviembre de ese año no se llegó a ningún acuerdo. El 10 de mayo de 2017, presentó reclamación de pago de acreencias laborales sin obtener respuesta, el 09 de octubre de ese año, el trabajador radicó derecho de petición, en el que solicitó certificación año a año del salario y cargo por él ocupado, no obstante, el día 30 del mismo mes y año, el empleador no certificó la totalidad de la información solicitada. Luego, el 08 de noviembre de 2017, solicitó a la pasiva, copia del manual de funciones y certificado de salarios, pedimento al que se dio respuesta el 23 de noviembre de 2017. Finalmente, aduce que se adeuda la totalidad de los aportes a pensión.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito visible a folios 184 a 206 del cuaderno número 1.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la vinculación laboral, el cargo, los salarios, la cláusula tercera del contrato de trabajo, el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, la afiliación del actor a la organización sindical, la solicitud de

certificación de salarios, reclamación de pago de acreencias laborales, querrela administrativa ante el Ministerio de Trabajo y su no conciliación.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, buena fe y cobro de lo no debido, prescripción y compensación.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 10 de abril de 2002 y se encuentra vigente. Declaró que el demandante es beneficiario de la Convención Colectiva suscrita entre la Agrupación de Tripulantes de Trenes "AGRETRITRENES" y la DRUMMOND LTDA, desde el 16 de septiembre de 2002 y condenó a la demandada a pagar las sumas de dinero debidamente indexadas hasta el momento de su pago, las cuales se relacionan a continuación:

- Trabajo suplementario a partir del 11 de mayo de 2014 al 08 de julio de 2019 \$34.175.805.
- Reliquidación de cesantías \$3.336.235.
- Reliquidación de intereses de cesantías \$380.300.
- Reliquidación prima de servicios \$3.336.235.
- Reliquidación de vacaciones \$1.668.117.
- Cálculo actuarial desde el 10 de abril de 2002 hasta el finiquito laboral.

Y absolvió a la pasiva de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al constatar del material probatorio, que el actor no cumple con las funciones propias de un cargo de manejo y confianza, dado que no representa al empleador, no tiene facultades sancionatorias, ni tampoco cuenta con la autonomía requerida para ejercer sus labores. Indicó que el trabajador es beneficiario de la Convención Colectiva suscrita por "AGRETRITRENES" y la demandada, dado que su vinculación a la organización data del 17 de septiembre de 2002, hecho que corroboró con la certificación emitida por la asociación sindical. Accedió al reconocimiento y pago del trabajo suplementario, como quiera que se probó que el trabajador no ostenta un cargo de dirección, confianza y manejo, por lo que es acreedor al pago de las horas extras diurnas, nocturnas, recargos nocturnos, dominicales y festivos, conforme el art. 165 del CST, el cual supone que toda jornada laboral que exceda las 48 horas a la semana, será trabajo suplementario y horas extras, las cuales se calcularon según el reporte de turnos aportado por la demandada así: 2014 \$6.014.375, 2015 \$7.114.588, 2016 \$4.415.212, 2017 \$4.248.633, 2018 \$3.660.545 y 2019 \$8.722.421, liquidación en la que se tuvo en cuenta el valor del trabajo

suplementario determinado en la Convención Colectiva y en consecuencia reliquidó las prestaciones sociales. No accedió a la reliquidación de la prima extralegal perseguida, dado que esta solo procede sobre el salario básico y no sobre el salario promedio como lo petitiona el demandante. Consideró que no es procedente el pago de la indemnización moratoria del art. 99 de la ley 50/90, ya que la pasiva no obró de la mala fe, pues por el contrario demostró que pagó todas las prestaciones y acreencias laborales que le correspondían al trabajador en virtud del cargo de dirección, confianza y manejo que alega la demandada. Condenó a la pasiva a pagar la totalidad de los aportes a pensión desde el momento de vinculación del actor (10 de abril de 2002) según el inciso 2 del art.22 de la Ley 100/93, pues si bien QUIROZ OÑATE le fue reconocida pensión de jubilación por Ferrocarriles de Colombia, lo cierto es que la misma no es impedimento para que el trabajador pudiese vincularse a la fuerza laboral y pueda acceder al reconocimiento de la pensión de vejez conforme la Ley 797/03 y tomó como IBC los calculados a partir del 2002 al 2019. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, dado que el demandante presentó reclamación a la empresa el 10 de mayo de 2017, momento en que se interrumpió la prescripción, razón por la cual todos los derechos que se causaron con anterioridad al 10 de mayo de 2014, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

### **Recursos de Apelación**

**El demandante,** difiere de la decisión del A quo respecto al valor del trabajo suplementario reconocido, pues considera que según la liquidación que aportó la cual se realizó desde el 11 de mayo de 2014 al 08 de julio de 2019, el valor corresponde a la suma \$287.534.001 y no la suma calculada por el despacho, por lo que solicita se revise y se efectúe una nueva liquidación dado que la diferencia entre ambos valores es ostensiblemente mayor. Pide se acceda a la indemnización moratoria del art. 99 de la Ley 50/90, como quiera que se probó el actuar de la demandada estuvo revestido de mala fe, porque en varias oportunidades petitionó el pago de las acreencias laborales sin que la pasiva accediera a lo pretendido, máxime cuando también fue requerida por la Organización Sindical más aún cuando tampoco cancelaron el trabajo suplementario al cual tiene derecho según lo señalado en la sentencia 40016/12 proferida por la CSJ.

**La demandada,** apeló lo correspondiente a la condena por el trabajo suplementario, los aportes a pensión y la indexación, toda vez que el actor si ejerce funciones propias de un cargo de confianza y manejo, ya que el maquinista (cargo actual del demandante) es quien supervisa las funciones de movimiento y traslado del tren, además de que sus actividades edifican la columna vertebral de la

compañía. En cuanto a las horas extras reconocidas, indicó que la jornada laboral del trabajador no excedió las 8 horas diarias ni las 48 horas semanales, pues en varias ocasiones laboró menos de lo establecido, aunado a que no se probó el trabajo suplementario pretendido, como quiera que el A quo solo tuvo en cuenta las planillas de turnos, prueba que fue decretada de oficio y no pudo ser controvertida por las partes, por lo que no le asiste al demandante derecho al reconocimiento de horas extras ni recargos nocturnos, dado que la jornada aplicable a los trabajadores de la Drummond es la señalada en el art 165 del CST y en el presente caso no se causó. Considera que no es procedente el pago de los aportes a pensión, toda vez que el trabajador no manifestó su intención de ser afiliado a ningún fondo de pensiones, circunstancia que exime a la empresa de efectuar tales cotizaciones, además de que QUIROZ OÑATE tiene reconocida una pensión de jubilación por Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por lo que no es dable recibir dos asignaciones de retiro con cargo al erario público conforme el art. 19 de la Ley 4/92.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Manifiesta que se demostró que al actor no se le ha reconocido el trabajo suplementario al que tiene derecho, sin que la demandada haya atendido a los pedimentos realizados por él, sin que nada tenga que ver que el actor sea un trabajador de dirección, confianza y manejo, porque tal como lo ha expresado la SL CSJ, la naturaleza de tal cargo exime al empleador de los incrementos previstos en la Ley.

**Parte demandada:** No comparte la decisión del A quo ya que se probó que el cargo de maquinista ocupado por el actor es de dirección, confianza y manejo, al ser el trabajador la máxima autoridad de la locomotora, por lo tanto somete a toda su tripulación a sus órdenes, circunstancia por la cual el demandante está exento de la jornada máxima legal según lo previsto en el art. 162 CST y es por ello que no hay lugar al reconocimiento de trabajo suplementario. En cuanto a la condena por aportes a pensión, adujo que QUIROZ OÑATE cuenta con pensión reconocida desde el 30 de julio de 1991 por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y conforme al art. 279 de la Ley 100/93, el empleador esta eximido del pago de aportes a pensión en aquellos caso en donde el trabajador ostente la calidad de pensionado como titular del derecho, en caso de que el accionante hubiese querido continuar cotizando debió haberlo comunicado a la compañía, no obstante, no ocurrió, lo que considera suficiente para revocar parcialmente la sentencia recurrida.

## CONSIDERACIONES

En consonancia con los recursos de alzada, procede La Sala a determinar si la labor encomendada a QUIROZ OÑATE corresponde a las de dirección, confianza y manejo. Posteriormente se analizará si en el asunto le asiste derecho al actor al reconocimiento de trabajo suplementario lo que conlleva la consecuente reliquidación de prestaciones sociales, aportes pensionales y si procede la indemnización moratoria del art. 99 de la Ley 50/90.

### **De la calidad de trabajador de dirección, confianza y manejo de QUIROZ OÑATE.**

En el asunto conforme el contrato de trabajo suscrito el 10 de abril del año 2002, se advierte que el demandante se vinculó inicialmente en el cargo de ayudante de maquinista, cargo que se denominó por las partes en virtud de la naturaleza y funciones como de dirección, confianza y manejo el cual ostentó hasta el 26 de julio de 2002 según folio 6 del cd que reposa a folio 207, luego fue promovido al cargo de maquinista, el que conforme el compendio de normas y reglas de la demandada (fl. 8 del segundo cuaderno) es "*Un empleado encargado de la supervisión y el funcionamiento de un movimiento*" que para el caso corresponde al desplazamiento de la locomotora entre la mina y el puerto, tarea que incumbe a sus obligaciones como trabajador pues para tal actividad es que actualmente está vinculado con la demandada, luego entonces, la labor que desempeña el actor pese a que fue pactada por las partes como de dirección y confianza, ellas no corresponden al concepto que maneja tanto la Ley como la jurisprudencia para estos empleos. Al respecto el art. 32 del CST indica que los trabajadores con esa categoría son aquellos que representan al empleador, como los directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejecuten actos de representación, a su turno la Corte Constitucional al analizar la jornada laboral de los cargos de dirección, de confianza y de manejo en la sentencia C-372/98, conceptuó al respecto:

*"En este orden de ideas, cabe precisar que **los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultandos esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines.** Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir **situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente**, toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes.*

*Acerca de este tópico, vale la pena transcribir las consideraciones de la H. Corte Suprema de Justicia que, aun cuando fueron hechas antes de la Constitución de 1991, a juicio de esta Corporación, son plenamente ajustadas al nuevo orden superior:*

*"Se observa en primer lugar que, por razón de los caracteres particulares de algunos trabajos o actividades, el legislador se vio obligado a crear una especial categoría de trabajadores que, para ciertos efectos, sometió a un régimen especial, como ocurre en lo referente a la jornada máxima de trabajo y al fuero sindical.*

*"Por lo que hace al punto que interesa al caso en estudio, el artículo 162 del Código sustantivo del Trabajo, estableció lo siguiente: 'Quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a) Los que desempeñen cargos de dirección, de confianza o de manejo;'. **Esos términos 'de dirección, de confianza o de manejo' que utiliza la ley, no implican categorías distintas conforme al significado gramatical de las palabras que emplea, sino que abarcan una institución única, traducen una sola idea y son la expresión legal del concepto 'trabajadores de confianza', nacido de las necesidades y del interés de las empresas.** Por otra parte, se trata de un concepto genérico, que no es susceptible de numeración limitativa, y que, por consiguiente para precisar si una determinada actividad implica el desempeño de un cargo 'de dirección, de confianza o de manejo' debe estudiarse en cada caso la respectiva relación de trabajo, en función de los intereses y necesidades fundamentales de cada empresa (...)"*

En consecuencia, los trabajadores con esta denominación se caracterizan precisamente porque ocupan una especial posición en la empresa, cuentan con un estatus diferenciado en virtud de sus facultades disciplinarias, poder de mando, inspección, vigilancia, fiscalización, discrecionalidad, autodeterminación, y su labor les exige en el marco de sus responsabilidades la representación del empleador. En ese orden al cotejar la realidad de la actividad diaria desplegada por QUIROZ OÑATE con la naturaleza del cargo acordado por las partes (dirección, confianza y manejo) y en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, La Sala llega a la misma conclusión del juez, ya que el hecho de que el demandante maneje una locomotora no le atribuye una categoría especial dentro del orden jerárquico de la empresa, pues al contrario lo que se advierte es el desarrollo de la actividad ordinaria de la pasiva y que consiste en el transporte férreo de carbón. En el sub lite el actor no cuenta con ninguna especial posición escalonada y si bien la actividad que desempeña el demandante le otorga prerrogativas tales como contar con un salario fijo (cumpla o no la jornada laboral) tal como lo señalaron los testigos JAVIER ALFREDO GÓMEZ y CALIXTO ORTEGA, que cuenta con un transporte que lo moviliza desde el lugar en que se cumple el turno de la jornada máxima hasta su domicilio, o el descanso en el campamento, lo cierto es que ninguna de estas situaciones ratifican algún tipo de posición dominante en la empresa ni una facultad de representación, y si bien el actor es el encargado de poner en marcha la locomotora donde se transporta el carbón, su autonomía solo se limita a poner en camino ese medio de transporte y lo relacionado con esa movilidad (trayecto, velocidad, freno, parqueo) el cual también está sujeto a las instrucciones de Fenoco y de los

supervisores de la demandada tal como lo precisaron los testigos Javier Alfredo Gómez, Orlando Molina y Carlos Hernán Hurtado.

En consecuencia, como en el caso la convocada a juicio tampoco cumplió con su carga probatoria, pues no se demostró que QUIROZ OÑATE desempeñe especiales funciones para mantener la estipulación contractual determinada en el contrato de trabajo y que caractericen el direccionamiento endilgado en pro del desarrollo empresarial y las políticas de organización de la demandada, este punto se **CONFIRMA.**

### **Trabajo suplementario.**

Al respecto, conforme al principio de la carga de la prueba previsto en el art. 167 del CGP y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de la reclamación del trabajo suplementario (horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos) corresponde al trabajador acreditar cual es el tiempo que laboró en esa jornada y que no le fue cancelado por su empleador, **ya que no es dable al juzgador efectuar conjeturas o suposiciones para su inferencia.**

Posición que ha sido determinada por la SL CSJ y decantada en diferentes decisiones entre ellas la sentencia con radicado No 31637<sup>1</sup> del 15 de julio de 2008 M.P. ISAURA VARGAS DÍAZ, y en sentencia SL9318-2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, entre otras precisándose en la última: *"Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que **no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias** para determinar el número probable de las que estimen trabajadas..."*

Descendiendo al objeto en controversia, es de precisar que el demandante en ninguno de los 72 hechos de la demanda ni siquiera individualiza cuando trabajó tiempo adicional al de la jornada legal y por cuantas horas en cuales días, la única aproximación que hace es la relacionada con el horario donde asevera que tiene turnos de 12 horas, de 7am a 7pm durante 7 días y descansa 3 días, luego inicia

---

<sup>1</sup> Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que **el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.**

otro turno de 7pm a 7am con un descanso 7 días, también afirma que ha tenido turnos entre 12 a 24 horas corridas, que puede iniciar un turno a las 7am en puerto, salir en el tren a las 9am, llegar a la mina a las 4pm donde queda en turno hasta por 8 horas mientras se carga el tren, salir de la mina a media noche y llegar a puerto a las 7am para entregar el turno, por lo que trabaja un promedio diario de 14 horas y 84 horas a la semana, no obstante esta contabilidad genérica y abstracta del tiempo laborado, no cuenta con la fuerza suficiente para acreditar el trabajo suplementario en los términos enseñados por la jurisprudencia y que aquí se reclaman, a fin de soportar una condena en torno a este ítem.

De las pruebas recaudadas, se cuenta con la declaración del **representante legal de la demandada**, quien afirmó no haber cancelado ninguna suma por trabajo suplementario, lo que justificó en el hecho de que el actor es un trabajador de dirección, confianza y manejo, que en su salario se encuentran incluidos los valores por concepto de horas extras y recargos nocturnos y que la jornada laboral del demandante no excede las 12 horas días dado que Fenoco impide continuar con el desarrollo de las labores en aras de garantizar la seguridad ferroviaria.

El testigo **ORLANDO RAFAEL MOLINA** (también maquinista y compañero de trabajo del actor) indicó que sus viajes son de 12 horas, no representan a la demandada, no son autónomos, cumplen órdenes de FENOCO, cuentan con un supervisor. La tripulación la integran el maquinista y el ayudante, cada uno sabe sus funciones y lo que debe hacer. El maquinista puede trabajar 12 horas diurnas o nocturnas, es quien tiene el mando de la locomotora y debe velar por la seguridad del tren en la vía. Dijo que en el momento en que termina la jornada se hace el relevo y proceden con su descanso.

El testigo **CARLOS HERNÁN HURTADO** (supervisor de operaciones de la demandada) fue supervisor del actor y emite las instrucciones por radio o personalmente, no obstante, es el maquinista el director de la locomotora. En la empresa se programan ciclos para la continuidad del tren, la jornada máxima de trabajo son 12 horas, pero no siempre se trabaja esa cantidad, cada trayecto es de 4 a 5 horas. Precisa que cuando se cumple la jornada máxima (12 horas) un vehículo se acerca al tren (sin importar en que parte del trayecto se encuentren) los recoge, releva la tripulación y los envía a su descanso. Resaltó que cuando cumplen su jornada máxima de trabajo y no se encuentran en el puerto no marcan su horario de salida dado a que solo pueden reportarla en la mina en donde cuentan con un mínimo de descanso de 8 horas. Preciso que Fenoco es el concesionario de la vía, vigila y controla el tráfico férreo, la tripulación está integrada por el ayudante y el maquinista quien es el responsable del tren, ostenta un cargo de dirección, confianza

y manejo y cuentan con capacitaciones y entrenamiento. La jornada de trabajo de QUIROZ OÑATE son 7 días laborados por 4 de descanso, pero en este momento dadas las restricciones médicas del demandante desarrolla sus actividades en la jornada diurna de 6 am a 6 pm. Sabe que el actor, tuvo un inconveniente debido a un paso nivel (donde se cruza la carrilera con la carretera) ubicado en Aracataca, dado que el reglamento de trenes expedido por Fenoco indica que el tripulante debe anunciar vía radio que el paso nivel se acerca para que la persona que esté en tierra pueda proteger dicho paso, pero al parecer el trabajador no cumplió con tal normativa.

El testigo **JAVIER ALFREDO GÓMEZ** (superintendente del área de operaciones) dijo que la labor depende de la frecuencia del tren, reiteró que Fenoco es quién controla el tráfico férreo, el tren está a cargo del maquinista, él es quien responde por éste y presenta al tren ante el concesionario por estar a cargo del movimiento de la locomotora. Los turnos de descanso son respetados y ellos dependen de la operación, se laboran 7 días seguidos, se descansa 96 horas, la jornada máxima de trabajo son 12 horas, pero no siempre se trabaja tal tope. Indicó que cuando el tren sale de puerto y llega a la mina inicia el cargue y el descanso del trabajador el que es relevado por otra tripulación, en el momento que no se encuentran en ruta y posterior a su descanso de ocho horas, se ubican en patio a la espera de la asignación de un viaje, los controles se llevan en planillas. Señala que el cargo de maquinista es de confianza y manejo, dado que ese cargo trabaje o no cuenta con un salario fijo. Precisa que cuando se cumple la jornada máxima (12 horas) un vehículo se acerca al tren (en cualquier lugar del viaje) los recoge y los lleva a casa.

**CALIXTO RAÚL ORTEGA** (superintendente en la demandada) manifestó que pese a ser supervisor es el maquinista el director del tren, por lo que todas las decisiones que se tomen en la locomotora deben contar con el aval del maquinista. Mencionó que la jornada de trabajo son 7 días seguidos con 4 o 3 días de descanso con un máximo de 12 horas diarias y se descansan 96 horas. A partir de febrero de 2019 el demandante debido a una recomendación laboral solo trabaja en la jornada diurna, antes de cumplirse la jornada máxima legal se releva la tripulación y se llevan a los trabajadores relevados a su casa. Indica que Fenoco es la concesión que se encarga del control de tráfico férreo, el maquinista es quien dirige y presenta el tren. Señala que el maquinista tiene a su cargo al ayudante, ese cargo labore o no cuenta con un salario fijo, cuenta con un transporte preferencial, tiene un uniforme diferente, son los únicos que pueden descansar en la mina y esas distinciones obedecen a la importancia del cargo. Precisa que el transporte de carbón férreo es la columna vertebral de la empresa.

En **el interrogatorio de parte el demandante**, dijo que se vinculó con la demandada el 10 de abril de 2002 en el cargo de ayudante de maquinista y luego fue promovido a maquinista, sus labores se encuentran enmarcadas en el compendio de normas y reglas ROFF - ITCS, en la locomotora hay una computadora la cual suministra las pautas e instrucciones para la dirección del tren el que es controlado desde la sede principal de Fenoco. Señaló que la jornada laboral es de 12 horas diurnas, nocturnas o mixtas las cuales pueden prolongarse según la necesidad del servicio hasta 16 horas diarias, se trabajan 7 días a la semana, cuentan con 8 horas de descanso en patio a la espera del próximo viaje, cuando se encuentran allí laboran todos los días desde la 6 am a 6 pm. Actualmente ejecuta sus labores en la jornada diurna dado su condición médica (diabetes), manifestó que es pensionado, en alguna oportunidad solicitó a la demandada los aportes pensionales, sin embargo, se le dijo que no podía cotizar a pensión porque ya tenían esa prestación reconocida.

De otra parte, se cuenta con 10 folios de registro de turnos del actor desde el 03 de enero de 2014 al 08 de julio de 2019 aportados por la demandada, documentales en las que se observa solo el registro de llegada a puerto y hora de salida, sin embargo el demandante ni siquiera especificó la cantidad de horas extras que realizó siendo su deber probatorio hacer él mismo los cálculos del trabajo suplementario efectuado ya que tal labor le está vedada al juzgador, pues como reiteradamente lo ha señalado la pacífica jurisprudencia de la CSJ en estos casos no es dable hacer **suposiciones acomodaticias**, condición que pasó por alto el A quo al efectuar tales cálculos a partir del 11 de mayo de 2014 al 08 de julio de 2019, y por esta razón tampoco es procedente hacer la revisión de la liquidación de horas extras que ahora persigue el demandante pues persiste la falencia de individualización del trabajo que afirma haber realizado y con el que pretende reliquidar sus acreencias.

Ahora si bien en el proceso quedó determinado que en la empresa están establecidos turnos de trabajo con una jornada máxima de 12 horas diarias, al revisar éstas documentales se advierten jornadas de 3, 7 y 8 horas y compensatorios hasta de 5 días, pero esta información ante la inexactitud del demandante en determinar cuales horas trabajó y no se le han cancelado, junto con la imposibilidad de que el juez haga cálculos hipotéticos, La Sala revoca la decisión del A quo para absolver a la demandada de esta pretensión y en consecuencia como la suerte de lo accesorio sigue lo principal en el asunto las reliquidaciones de las prestaciones sociales efectuadas por el juez también tienen que ser **revocadas**.

### **Aportes a pensión.**

Expone la recurrente que el actor no manifestó su intención a la empresa de efectuar los aportes pensionales, por lo que no está obligada a realizar tales cotizaciones conforme el art. 17 de la Ley 100/93. Al respecto se ha de indicar que quien pretende un derecho a éste le asiste el deber de demostrarlo conforme los postulados del art. 167 del CGP, esto se precisa para indicar que en el proceso no hay prueba de que el actor haya demostrado que solicitó ante su empleador el pago de sus aportes pensionales, no obstante y más allá de esta situación, en el asunto La Sala no puede pasar por alto la condición de pensionado del demandante la que se corrobora con la Resolución 1468 del 30 de julio de 1991 (cd del folio 207 cuaderno 1) donde la extinta estatal férrea reconoció tal prestación, circunstancia que sumada o lo dispuesto en el literal c) art. 2 del Acuerdo 049/90 " *PERSONAS EXCLUIDAS DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. Los trabajadores dependientes que al momento de iniciarse la obligación de asegurarse se encuentren gozando de una pensión de jubilación a cargo de un patrono o que de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación" en concordancia con el art. 17 de la Ley 100/93, modificado por el art. 4 de la Ley 797/03, el cual consagra la obligatoriedad de las cotizaciones al sistema general de pensiones y en el que precisa: "La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente". Por ende al ostentar el demandante su estatus de pensionado al momento en que se vinculó con la demandada (año 2002), data para la cual la Ley ya había definido cuando son obligatorios los aportes pensionales, se concluye que en este caso no es dable el reconocimiento de tales aportes. En consecuencia, estos aportes se **REVOCAN**.*

Respecto a la indemnización del art.50 de la Ley 99/90 perseguida, La Sala se releva del estudio de ese pedimento, dado que la pretensión principal del trabajo suplementario de la que derivaban las otras prestaciones fue revocada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

### **DECISIÓN**

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

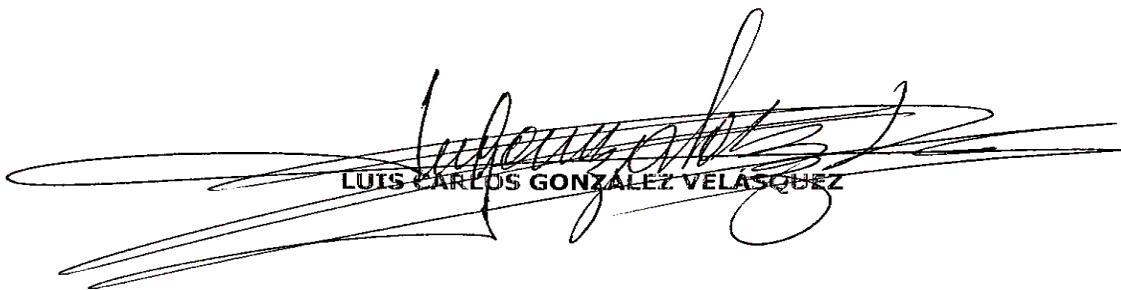
**RESUELVE**

**PRIMERO. – REVOCAR LOS ORDINALES TERCERO, CUARTO y SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. –** En lo demás se confirma la sentencia apelada.

**TERCERO: COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

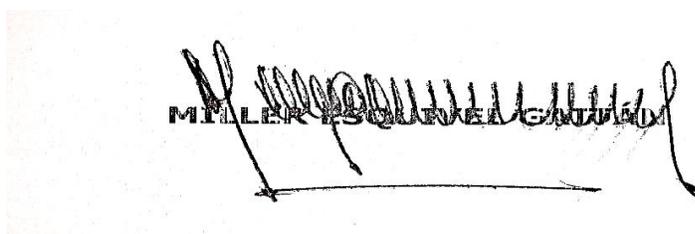
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

**(EN PERMISO)**

**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GRICELDA CASTRILLÓN MUÑOZ  
contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA hoy OLD MUTUAL.  
Rad. 2018 – 00396 01. Juz. 27.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

#### SENTENCIA

GRICELDA CASTRILLÓN MUÑOZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y OLD MUTUAL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 y 5. Nació el 18 de octubre de 1967. Se afilió al ISS el 9 de enero de 1987, allí cotizó 371 semanas y cuenta con un total en el RAIS y en el RPM de más de 1392 semanas. El 01 de enero de 1996, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL y posteriormente a la AFP PORVENIR, dijo que para ese momento no se le brindó información clara, completa y oportuna de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, ni de las consecuencias que implicaría dicho traslado, no se proyectó su mesada, tampoco se le indicó cual era el capital mínimo requerido para causar su derecho pensional en el RAIS. En el 2018, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, petición a la que no se accedió.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 119 a 131.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó, la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación al ISS, el traslado al RAIS, las semanas cotizadas al RPM, la solicitud de nulidad del traslado junto con su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

**PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible a folios 152 a 171.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la afiliada y la solicitud de nulidad del traslado
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Old Mutual, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y genérica.

**OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** en los términos del escrito visible a folios 219 a 251.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento de la afiliada.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS administrado por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS S.A. y los posteriores traslados entre administradoras. Condenó a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual y ordenó a COLPENSIONES a recibirlos y a reactivar la afiliación al RPM. Llegó a esa determinación al constatar que la AFP SKANDIA no cumplió con la carga de la prueba, como quiera que no acreditó la correcta y completa asesoría a la afiliada al momento del traslado ni cuando retorno a esa administradora o antes de que la afiliada se encontrará inmersa en la prohibición legal de traslado. Dijo que el formulario de vinculación, no es prueba suficiente para establecer que al momento del traslado se le haya brindado la información necesaria, pues como lo ha expresado la SL de la CSJ el formulario solo es una proforma, no corresponde a una expresión libre de la afiliada y no acredita un consentimiento informado. Indicó que SKANDIA y PROTECCIÓN no cumplieron con el deber de información, asesoría y buen consejo pues tal omisión influyó en el traslado de régimen y su permanencia en el mismo, circunstancia que vulneró los principios mínimos de transparencia que debe gobernar en la movilidad entre regímenes pensionales. Consideró que no le asiste derecho al reconocimiento de la mesada pensional, como quiera que la demandante aún no cumple con los requisitos ya que al momento de la emisión de la sentencia solo cuenta con 53 años de edad. Frente a la excepción de prescripción manifestó que al estar intrínsecamente ligada la ineficacia con el derecho pensional, esta debe cobijarse bajo la misma prerrogativa, por lo que es imprescriptible tal como lo ha expresado la CSJ y se relevó del estudio de los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

### **Recurso de Apelación**

**COLPENSIONES**, indicó que no tuvo ninguna injerencia ni responsabilidad al momento del traslado de la demandante y al recibir a CASTRILLÓN MUÑOZ en el RPM se genera un desbalance fiscal. Adujó que la actora, faltó a sus deberes como consumidor financiero establecidos en el Decreto 2241/10, pues no adelantó ninguna acción tendiente a informarse ni a obtener los detalles sobre su situación pensional y concluyó que para el momento del traslado no le era exigible a los fondos privados efectuar una asesoría en los términos señalados por la SL CSJ.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** solicita se confirma la sentencia, por cuanto se constató que al momento del traslado la AFP no le brindó información completa, clara y

comprensible sobre los riesgos, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, máxime cuando las administradoras no se preocuparon por dar una asesoría completa para que así la demandante tomara la decisión más conveniente, sin que sea suficiente el suscribir un formulario de vinculación pues este no acredita el consentimiento informado de la afiliada.

### **Parte demandada:**

**AFP OLD MUTUAL**, manifiesta que la afiliación de la demandante al RAIS fue libre, voluntaria y consciente como quedó plasmado en el formulario de afiliación, cuyo formato se encuentra ajustado a los requisitos de Ley, demuestra la libertad de vinculación de la promotora del proceso, por lo que considera que no es dable imponerle obligaciones distintas a las consagradas en la norma al momento del traslado. Indicó que no es procedente la devolución de los gastos de administración, dado que se desconocería la gestión de la administradora y se atentaría contra lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 100/93.

**PROTECCIÓN**, no hizo uso de esta etapa procesal.

**COLPENSIONES**, expone que el retorno de CASTRILLÓN MUÑOZ al RPM es inviable al encontrarse inmersa en la prohibición legal de traslado, aunado a que tampoco podía retornar en cualquier tiempo al no ser beneficiaria del régimen de transición. Dijo que no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarará la nulidad del traslado, pues por el contrario las AFP demostraron el cumplimiento al deber de información sin que la actora haya cumplido con la carga de la prueba que le asiste.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y si esta decisión atenta contra el principio de la sostenibilidad fiscal del RPM.

## **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 29 de enero de 2019 (fl. 51), en el que solicitó la nulidad del traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentra adscrita al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 11 de diciembre de 1995 cuando solicitó su vinculación a la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA, según formulario que reposa a folio 252. Luego se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 11 de mayo de 2007 (fl. 175) y el 12 de julio de 2017 retornó a SKANDIA (fl. 253).

Colpensiones en el recurso de alzada refiere que las AFP al momento del traslado no les era exigible efectuar una asesoría en los términos señalados por la SL CSJ, esto es el deber de buen consejo, no obstante, para La Sala es importante resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber **siempre** ha existido (SL1452-2019<sup>1</sup>) por lo que no es dable alegar la existencia de una manifestación voluntaria en la elección de régimen pensional, cuando la persona no tiene conocimiento de la incidencia que tiene en sus derechos prestacionales tal decisión, toda vez que son circunstancias que no demuestran la debida asesoría que debe garantizar el fondo privado (en este caso OLD MUTUAL) desde el momento del traslado y durante toda la vinculación, pues ese deber nació desde la expedición de la Ley 100/93, normatividad que señala que la selección del régimen pensional debe provenir de una elección libre y voluntaria que le permita a la potencial afiliada entender y prever sus implicaciones desde ese momento, de lo contrario sus derechos se desconocerían, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014.

Para La Sala tampoco es de recibo el argumento de la recurrente, consistente en que la demandante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero conforme el Decreto 2241/10 pues su actuar fue desinteresado, porque tal y como

---

<sup>1</sup> Frente al reclamo de la ineficacia del traslado de régimen pensional corresponde al juez no solo verificar la validez formal del formulario de afiliación, sino evaluar el cumplimiento del deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido.

lo ha expresado nuestro máximo órgano de cierre, es la AFP quien debe suministrar información suficiente, clara y veraz al momento del traslado y durante toda la vinculación y no solo sobre las características del régimen que administra sino también de las consecuencias que le acarrearía tal decisión a la trabajadora, ya que es OLD MUTUAL y PROTECCIÓN quienes deben comunicar a sus afiliados todo lo referente a los productos ofrecidos, pues de lo contrario se atenta contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio prestado. Ahora, es de precisar que COLPENSIONES si tuvo ninguna injerencia en el traslado al RAIS pese a que en esa época el traslado se efectuó con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entidad que aprobó el traslado inicial del régimen de la demandante, por lo que al no haber verificado la legitimad de dicho traslado debe asumir la responsabilidad, lo cual no obsta para que ella repita contra la AFP OLD MUTUAL pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

Finalmente en cuanto al principio de la sostenibilidad fiscal alegado por la apelante, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-2020<sup>2</sup>) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, consecuencia que se generó debido a la omisión de la administradora (en este caso OLD MUTUAL) de entregar información completa, veraz y suficiente a la demandante sobre todo lo relacionado con las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, por lo que al declararse nulo el contrato de afiliación con esa AFP debido a su falta de asesoría y diligencia, solo resta retornar al régimen de prima media y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020<sup>3</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

---

<sup>2</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

<sup>3</sup> "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:  
[...]

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

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

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

**(EN PERMISO)**  
**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FREDY MAURICIO GARCÍA HERRERA  
CONTRA GASTRONOMÍA ITALIANA EN COLOMBIA S.A.S. Rad. 2018 –  
00511 01. Juz. 06.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

FREDY MAURICIO GARCÍA HERRERA demandó a GASTRONOMÍA ITALIANA EN COLOMBIA S.A.S. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 16,17 y 84. (Subsanación).

- Contrato de trabajo a término fijo desde 21 de mayo de 2014 al 02 de agosto de 2016.
- Declaratoria de ineficacia de la cláusula cuarta del contrato de trabajo que determina las condiciones salariales del actor.
- Trabajo suplementario de toda la vinculación laboral.
- Reliquidación de salarios, prestaciones sociales y vacaciones.
- Indemnización de los artículos 64 y 65 del C.S.T.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 3 y 16. Se vinculó inicialmente con la empresa DOMINALCO S.A. la cual fue fusionada con GASTRONOMIA ITALIANA EN COLOMBIA S.A.S., el 21 de mayo de 2014 mediante contrato de trabajo a término fijo por tres meses el que fue varias veces prorrogado. Su cargo fue de outsider TC, el salario devengado ascendió a un mínimo legal mensual vigente, el horario fue asignado de acuerdo a la programación semanal efectuada por el empleador de lunes a domingo con un día de descanso a la semana, ejecutó las labores en las sucursales de la Castellana, Galerías y Pontevedra. Adujó que desde su vinculación hasta la terminación de su contrato de trabajo no se le canceló el trabajo suplementario, e hizo una descripción de los valores cancelados en los diferentes meses en que estuvo vigente la relación de trabajo y el número de horas que laboró mensualmente. El 02 de agosto de 2016, el demandante presentó carta de renuncia ante el pago incompleto de su salario y le fue liquidado el contrato; sin embargo, no se tuvo en cuenta para tal cálculo las horas extras trabajadas. La demandada fue convocada a audiencia de conciliación para el pago de acreencias laborales ante el Ministerio de Trabajo diligencia que se adelantó el 21 de marzo de 2018, en la que se sentó el acta de no conciliación. El 08 de mayo de ese año, peticionó sus comprobantes de nómina.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a fls. 112 a 152.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación laboral, el cargo, salario, la fusión entre las empresas y la solicitud de comprobantes de nómina.
- Formuló como excepciones de mérito, pago, compensación, inexistencia de la obligación, prescripción y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada de las pretensiones. Llegó a esa determinación al considerar que el actor no cumplió con su carga probatorio al no demostrar cuales horas y en que fechas se desarrolló el trabajo suplementario concretamente, recordó que no es dable que el juez haga elucubraciones al respecto y por esta razón no accedió ni al pago del trabajo suplementario ni a la consecuente reliquidación de las prestaciones que dependían de esta pretensión. No accedió a la indemnización por despido injusto, como quiera que se acreditó que el vínculo laboral feneció por renuncia presentada por el demandante y en cuanto a la indemnización del artículo 65 del C.S.T., manifestó que no es dable su reconocimiento dada la absolución de la llamada a juicio.

### **Recurso de apelación**

La apoderada de la parte actora manifiesta en síntesis, que en el expediente obran las pruebas suficientes para determinar el trabajo suplementario prestado por el actor, afirma que del reporte de ingresos y salidas se puede establecer las horas extras y las fechas en las que laboró el demandante, por lo que con ese material se puede determinar las horas extras pretendidas y proceder a la respectiva reliquidación de las acreencias demandadas. Manifiesta que no se aportó ninguna prueba de la que se pueda corroborar cual era el salario del actor cuando laboró tiempo completo, por lo que al momento de la liquidación del contrato de trabajo no se tuvo en cuenta el salario promedio, el trabajo nocturno, horas extras, dominicales ni festivos, aunado a que de los desprendibles de nómina aportados evidencian que el salario de GARCÍA HERRERA era superior al mínimo legal. Respecto a la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, señala que debe efectuarse incluyendo el salario base y el trabajo suplementario conforme al art. 53 de la Constitución Política.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** manifiesta que la demandada no pagó las horas extras causadas por el actor durante la vinculación laboral, pues nunca se pactó que el salario básico fuese el salario mínimo 0+ y que el restante de lo devengado correspondía al trabajo suplementario que pudiese causarse, dijo que el A quo no analizó las pruebas allegadas tales como; registro de marcaciones, recibos de nómina, desprendibles de consignación y pago de cesantías, como quiera que con

ellos se logra establecer la cantidad de horas extras que el actor laboró y es por ello que pide se revoque la decisión.

**Parte demandada:** adujo que el demandante no tiene derecho al pago de la indemnización por despido injusto ya que el actor fue quien presentó su renuncia de manera voluntaria, la cual fue aceptado por la empresa. Indicó además que del material probatorio aportado, no se puede constatar el trabajo suplementario pretendido por GARCÍA HERRERA, por lo que pide se confirme la decisión.

## CONSIDERACIONES

Como quiera que el único punto de controversia radica en la absolución del A quo del pago del trabajo suplementario y la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales, procede La Sala a determinar si el demandante tiene derecho a estos pagos, análisis que se aborda desde lo enseñado por la SL CSJ en lo que respecta al tema.

### **Reliquidación por trabajo suplementario.**

Al respecto, conforme al principio de la carga de la prueba previsto en el art. 167 del CGP y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de la reclamación del trabajo suplementario (*horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos*) corresponde al trabajador acreditar cual es el tiempo que laboró en esa jornada y que no le fue cancelado por su empleador, ya que no es dable al juzgador efectuar conjeturas o suposiciones para su inferencia. Posición que ha sido determinada por la SL CSJ y decantada en diferentes decisiones entre ellas la sentencia con radicado No 31637<sup>1</sup> del 15 de julio de 2008 M.P. ISAURA VARGAS DÍAZ, y en sentencia SL9318-2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, entre otras precisándose en la última: *"Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas..."*

Descendiendo al objeto en controversia, es de precisar que el demandante en ninguno de los hechos de la demanda (fls. 3 a 16) siquiera individualiza cuándo trabajó tiempo adicional al de la jornada legal y por cuántas horas en cuáles días; la única aproximación que hace es la relación mensual en la que él mismo totaliza un número de horas, no obstante esta contabilidad genérica y abstracta del tiempo laborado no cuenta con la fuerza suficiente para acreditar el trabajo suplementario en los términos decantados por la jurisprudencia y que aquí se reclaman, a fin de soportar una condena en torno a este ítem.

---

<sup>1</sup> Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que **el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.**

Ahora, al estudiar el material probatorio recaudado, se cuenta con el interrogatorio de parte rendido por la **representante legal de la demandada**, quien manifestó no conocer el horario del demandante pero aclaró que él desarrollaba sus labores dentro de la jornada máxima legal y la programación efectuada. Dijo que el cargo del actor fue outsider medio tiempo durante agosto y septiembre de 2014 y posteriormente tiempo completo. Su salario se pactó en la cláusula cuarta del contrato de trabajo, el cual correspondía a 1 SMLMV más auxilio de transporte, las prestaciones sociales fueron calculadas sobre el salario básico, a él se le reconocía un valor adicional por los eventuales recargos u horas extras cuando las laboraba. Señaló que, en la liquidación final del contrato de trabajo, se tuvo en cuenta el salario básico y las sumas adicionales que se pagaron como compensación al trabajo suplementario.

La testigo **VICTORIA DUARTE** (jefe de nómina), conoce al demandante porque estuvo vinculado con la empresa desde el mes de mayo de 2014 a agosto de 2016 en el cargo de outsider, no tiene conocimiento de cuál era su horario, tampoco si él realizaba trabajo suplementario o si se le pagaron horas extras. Indicó que el trabajo adicional a la jornada laboral ordinaria se pagó conforme la ley laboral, no sabe si el demandante recibía bonificaciones no salariales y señaló que en caso de recibirlas no conoce cuál era su destinación.

En cuanto a las documentales aportadas, se cuenta con contrato de trabajo a término fijo suscrito el 24 de mayo de 2014 por las partes (fls. 22 a 24, 155 a 159), comprobantes de pago de los siguientes períodos: 30 de mayo a 31 de diciembre de 2014 (fls. 25 a 38), 01 de enero a 31 de diciembre de 2015 (fls.39 a 50) y del 01 de enero al 31 de julio de 2016 (fls. 51 a 57), reporte de ingresos y salidas del demandante (fls. 58 a 63, 199 a 221), acta de no conciliación No. 34 del 21 de marzo de 2018 expedida por la Dirección Territorial de Boyacá del Ministerio de Trabajo (fl. 66 vto.), liquidación definitiva del contrato de trabajo por valor de \$2.017.744 (fl.71). Por otro lado, se aportó formato de requisición de personal (fl.153), formato base de datos del empleador (fl. 154), otro sí al contrato de trabajo suscrito en el mes de julio de 2015 (fl. 160) en el que se estableció por las partes la tipificación de una falta grave, soporte de afiliación de GARCÍA HERRERA a la ARL SURA, la AFP PORVENIR y CCF CAFAM (fl. 162, 163 y 164) solicitud de cambio de cargo donde se efectuó el traslado de cargo de Outsider MT jornada noche a Outsider Tiempo Completo ambas jornadas (fl.166), llamado de atención del 05 de noviembre de 2014 (fl. 167), formato entrega de dotación (fl.168), solicitud de vacaciones (fl. 170), carta de renuncia del 02 de agosto de 2016 en la que el actor expone que su decisión obedece a razones personales ajenas a la empresa, formato de aceptación de renuncia de la misma fecha (fls. 171 y 172), paz y salvo de retiro (fl. 173), liquidación final del contrato equivalente a la suma de \$495.680 (fl. 174) y certificación laboral expedida por la coordinadora de recursos humanos el 02 de agosto de 2016, en la que se indica que el demandante laboró desde el 24 de mayo de 2014 al 02 de agosto de 2016 en el cargo de outsider tiempo completo (fl. 175).

Acorde con lo anterior concluye La Sala que en el *sub lite* la parte actora en efecto no cumplió con la carga probatoria censurada por la Juez, sin que sea dable que en este momento La Sala haga suposiciones acomodaticias con la documental que se relaciona en la alzada, para entrar a establecer cual es el trabajo adicional que realizó el demandante y que se adeuda por parte de la empresa, pues ese ejercicio de determinar e individualizar cuales horas trabajó GARCÍA HERREA le incumben solo a él por ser ese su deber, sin que tal tarea pueda ser trasladada al juez como lo

pretende la recurrente al indicar que con las documentales referidas se pueden hacer los cálculos por parte del Despacho y determinar el trabajo suplementario perseguido. En ese orden al persistir la falencia en la especificación del trabajo realizado con el que se pretende además la reliquidación de las demás prestaciones sociales, La Sala **CONFIRMA** la sentencia apelada.

**COSTAS.** - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

### **DECISIÓN**

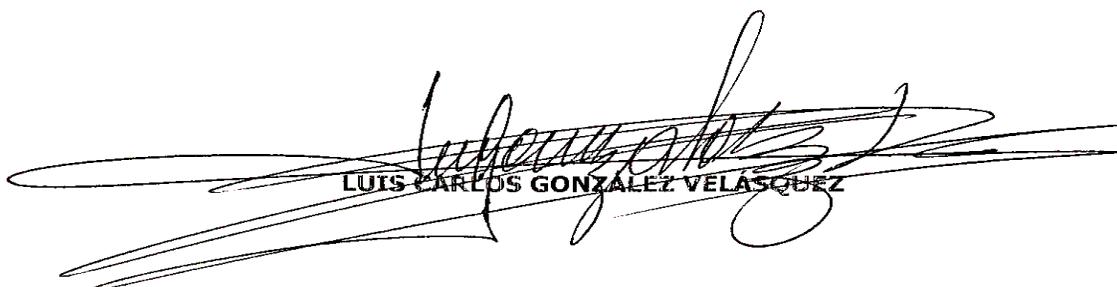
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **RESUELVE**

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de noviembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

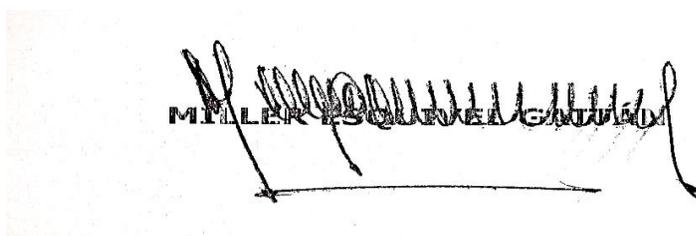
**SEGUNDO. –COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)  
**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIANA MARÍA ZULUAGA HOYOS  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2018  
00616 01 Juz 22.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

LILIANA MARÍA ZULUAGA HOYOS demandó a COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 237 y 238.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- En caso de haber sido reconocida la pensión de vejez en su actual administradora (Protección) se continúe con su pago hasta tanto no se trasladen todas las sumas a Colpensiones.
- Traslado de aportes.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 233 a 237. Se afilió al ISS el 03 de mayo de 1995 donde cotizó hasta el 05 de abril de 1999, fecha en la que se trasladó

a Porvenir S.A. sin que en ese momento se le informara sobre las implicaciones del traslado de régimen, tampoco se le efectuó una proyección pensional pues solo se le dijo de las ventajas de pertenecer al RAIS y no de sus desventajas. Posteriormente se afilió a PROTECCIÓN S.A. (actual administradora), persistiendo la falta de información suficiente que le permitiera entender las consecuencias de los traslados. Realizó una simulación pensional y de continuar cotizando hasta los 57 años de edad, su mesada sería equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y en el RPM sería de \$2.314.147 generándose una diferencia de \$1.532.905, suma que dejaría de percibir en su mesada e indicó que cuenta con 295 semanas cotizadas mediante el convenio suscrito entre Colombia y España. Solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, peticiones que fueron negadas.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible a fls. 290 a 314.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al RAIS y la solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y genérica.

**PORVENIR S.A.**, contestó en los términos del escrito visible a fls. 348 a 358.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado de AFP y que Protección es su actual administradora.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, cumplimiento de los requisitos formales de la afiliación y genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 382 a 390.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó ser la actual administradora de la demandante.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y genérica.

#### **Sentencia de Primera Instancia.**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por LILIANA MARÍA ZULUAGA HOYOS al régimen del ahorro individual con solidaridad acaecido el 5 de abril de 1999 incluidos los traslados realizados en el mismo régimen. Ordenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y a Colpensiones le ordenó recibirlos y actualizar la historia laboral. Llegó a esa determinación al constatar que la AFP PORVENIR no cumplió con su carga probatoria en los términos descritos por la jurisprudencia, pues no acreditó el cumplimiento al deber de información que le asistía el cual siempre ha existido, para que la decisión de cambio de régimen hubiese sido libre y consciente, ya que solo aportó al proceso el formulario de afiliación el que no es prueba suficiente para acreditar un consentimiento informado, como quiera que estos solo son formatos preimpresos que no demuestran el deber de asesoría y buen consejo. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como quiera que la nulidad del traslado persigue un derecho pensional el cual es imprescriptible conforme lo expresado por la SL de la CSJ.

### **Recurso de Apelación.**

**PROTECCIÓN S.A.** manifestó no estar de acuerdo con la devolución de los gastos de administración y las sumas destinadas a los seguros provisionales dado que estos se encuentran regulados en el art. 20 de la Ley 100/93 y al ser devueltos a Colpensiones se estaría desconociendo la gestión de la administradora la cual le generó rendimientos a la afiliada y constituiría un enriquecimiento sin causa a su favor. Indicó que en la comisión de administración se incluyó la cobertura a los riesgos de sobrevivencia e invalidez, sumas que ya fueron pagadas a las aseguradoras las cuales no pueden ser devueltas al ser estas entidades un tercero de buena fe.

La **AFP PORVENIR** no comparte la decisión del A quo, pues adujo que se habló de ineficacia de la afiliación y se impusieron las consecuencias propias de una nulidad, citó la sentencia C345/17 de la Corte Constitucional, como quiera que no se estableció la diferencia entre nulidad e ineficacia por lo que sus efectos deben ser los señalados en el art. 271 de la Ley 100/93 y no los del art. 1746 del C. Civil el cual fue aplicado de manera parcializada por la Juez. Manifestó que no es dable la devolución de los gastos de administración pues al retrotraer las cosas a su estado inicial, debe la afiliada restituir los rendimientos financieros que recibió por la administración de sus aportes, indicó que no se tuvo en cuenta la información que para el momento del traslado también debió recibir por parte del ISS y de las posteriores administradoras del RAIS y que la decisión de retornar a RPM atentaría con lo dispuesto en el art 29 de la Constitución Política ya que una situación acaecida en 1999 está siendo juzgado con la normatividad de 2010 y 2014, aunado al hecho de que las sumas por concepto de administración no hacen parte de la pensión de vejez y dichos valores tienen una destinación específica por mandato legal. Concluyó que debe declararse la excepción de prescripción de los gastos de administración pues al no ser parte integral de la pensión no ejercen la protección de imprescriptibilidad.

**COLPENSIONES**, solicita se revoque el fallo, como quiera que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre y voluntaria, además de que para el momento del traslado la demandante no contaba con ninguna expectativa legítima. Indicó que no es posible probar el dicho de la demandante e inferir que quien incumplió con el deber de información hubiese sido la AFP pues han transcurrido

más de 20 años desde el traslado pensional tampoco se probó que el ISS haya brindado la información suficiente sobre las características del RPM y en ese caso también se debería declarar la nulidad de la afiliación al Seguro Social. Concluyó que la inconformidad de permanecer en el RAIS es el valor de la mesada pensional y no la falta al deber de información por lo que al recibir a la demandante en el régimen de prima media se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera que caracteriza a Colpensiones y pide se analicen los salvamentos de voto en los diferentes procesos de ineficacia pues la decisión no ha sido unánime para que en el presente asunto se declare la nulidad del traslado.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** manifestó que al momento del traslado Porvenir solo se limitó a diligenciar el formulario de vinculación, sin ponerle de presente las características del régimen que administra ni las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, faltando al deber de información que le asiste, pues como lo ha señalado la SL CSJ el formato de afiliación no es suficiente para probar el consentimiento informado de la afiliada, por lo que ante tal omisión solo resta declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de la demandante.

### **Parte demandada:**

**COLPENSIONES,** adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en el art. 2 de la Ley 797/03, por lo que es procedente su retorno al RPM, aunado a que en el proceso no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarará la nulidad del traslado, pues para ese momento la demandante contó con la información necesaria para tomar la decisión más favorable para su futuro pensional.

**PORVENIR,** pide se revoque la decisión, como quiera que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento en el cambio de régimen de la actora, pues si lo que se pretende es declarar la ineficacia del traslado se debe imponer una multa administrativa por parte del Ministerio del Trabajo y no acudir a las disposiciones del Código Civil como lo realizó el A quo. Concluyó que ZULUAGA HOYOS al suscribir el formulario de vinculación plasmó su decisión libre, espontánea

y sin presiones de afiliarse al RAIS por lo que considera no debe desconocerse, además indicó que no es procedente la devolución de los gastos de administración dado que estos tienen por mandato legal una destinación específica y cubren los riesgos de invalidez y muerte con los que estuvo cubierta la afiliada, por lo que tales sumas ya no se encuentran en las arcas de la administradora.

**PROTECCIÓN**, solicita se modifique la sentencia únicamente en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración, dado que es improcedente tal devolución al estar estas sumas autorizadas en la Ley, por lo que la entrega de la comisión de administración a Colpensiones atentaría contra el principio de igualdad, ya que si se ordenó la devolución de los rendimientos de la actora, desconociendo que estos se causaron gracias a la gestión de la administradora.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, la orden de devolución de los gastos de administración y sus respectivas consecuencias.

#### **Reclamación Administrativa.**

Fue agotada en legal forma el 31 de mayo de 2018 como se desprende del folio 51, en la que solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen pensional, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

#### **Régimen pensional.**

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 05 de abril de 1999 cuando suscribió el formulario de afiliación con

PORVENIR (fl. 24) y las posteriores afiliaciones entre administradoras que datan del: 20 de septiembre de 2000 a ING (fl. 904) según consulta SIAFP, el 20 de junio de 2001 retorna nuevamente a PORVENIR (fl.361), 16 de abril de 2003 a SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl.36) y el 31 de diciembre de 2012 dada la fusión de SANTANDER, ING con PROTECCIÓN (fl. 904) conforme reporte SIAFP, quien es su actual administradora.

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP PORVENIR no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias. Al respecto encuentra La Sala que si bien la demandante el día 05 de abril de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR (fl. 24), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

las administradoras de fondos de pensiones, el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la afiliada. Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, siendo responsabilidad de la AFP dejar claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup>, reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso Porvenir), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020, SL4373-2020, SL1688-2019), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que

---

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

<sup>2</sup> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró PORVENIR, entidad que asumió la afiliación al RAIS, ni PROTECCIÓN a la que la demandante se afilió con posterioridad, ya que se limitaron a indicar que a la actora se le brindó la información necesaria para trasladarse tanto de regímenes como de fondos, no obstante ninguna de las AFP demostró el ejercicio del deber del buen consejo en los términos expuestos por la SL CSJ (SL1689-2019, SL1452-2019) ni el cumplimiento al deber de información, lo cierto es que solo hasta el momento que alcanzó el requisito de edad, conoció de las consecuencias que le había acarreado la decisión del traslado, de ahí que en ese momento acudió a efectuar la respectiva proyección, no obstante el hecho de brindar información sobre las características generales del RAIS, sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta, de ahí que el interés de la demandante sea

---

<sup>3</sup> *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados 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 materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

económico pues este se traduce en el valor de su mesada pensional que será el sustento para su vejez.

Es de precisar que la SL CSJ en reiteradas decisiones ha indicado que el deber de información en cabeza de las administradoras **siempre** ha existido (SL1452-2019<sup>4</sup>) y es por esto, que el argumento de que también el ISS debió brindarle la información necesaria para que la demandante tomase la decisión más adecuada, no es razón suficiente para que la AFP no cumpliera con su deber de entregar información, datos completos, claros y veraces pues se recuerda que son las administradoras de fondos de pensiones entidades especializadas en la administración de los aportes dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que la decisión del traslado se efectuó a Porvenir quien solo se preocupó por afirmar que el presente caso debió analizarse conforme a la normatividad aplicable al momento del cambio de régimen según el art. 29 de Constitución Política, por lo que se recalca que ese deber de información no nació en el 2010 ni en el 2014 como bien lo señala el apoderado de Porvenir, si no desde la entrada en vigencia de la Ley 100/93 normatividad que señala que la selección del régimen pensional debe provenir de una elección libre y voluntaria que le permita a la potencial afiliada entender y prever sus implicaciones desde ese momento, de lo contrario sus derechos se desconocerían, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014.

Ahora, el apoderado de Porvenir refiere que el fallador no estableció la diferencia entre ineficacia y nulidad, al respecto la Corte Suprema de Justicia en su reiterada y pacífica jurisprudencia, entre ellas la SL4360/19 ha señalado:

---

<sup>4</sup> En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

**TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INEFICACIA, EFECTOS** – *"Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica de un acto o contrato, bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia siempre es la misma: retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc o desde siempre". (Subrayado fuera de texto)*

Por lo que se concluye que al margen del término que se emplee "ineficacia" o "nulidad" la consecuencia a la falta de cumplimiento al deber de información en cabeza de las AFP, (siendo este ítem un requisito fundamental para que el traslado goce de plena validez), es la misma, esto es que el acto jurídico del traslado pierde su efecto, circunstancia que no atenta contra ningún presupuesto constitucional, pues para zanjar el asunto no es necesario establecer la diferenciación entre los términos ya mencionados, esto en atención a la explicación que ha hecho la CSJ al respecto.

Tampoco es valedero el argumento del apoderado de Colpensiones, según el cual, la accionante no contaba con una expectativa legítima al momento del traslado, pues la ineficacia del acto de traslado se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón <sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *"Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos. Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado. Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.*

(...)

*En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).*

Respecto a la aplicación del art. 271 de la ley 100/93, el cual considera PORVENIR que no es procedente la declaratoria de nulidad del traslado pues se impone una sanción al suponer un dolo que no se probó, es de citar la sentencia SL4360-2019, en la que rememora las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, donde la SLCSJ precisó que: *"La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*, por ende, cualquier quebranto al derecho del trabajador a afiliarse libre y voluntariamente a un régimen pensional, se debe sancionar con la ineficacia del acto, y una de las maneras de atentar contra éste derecho es precisamente con la falta de información para entender las consecuencias del traslado.

### **Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones por seguros, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a PROTECCIÓN devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso y como la demandada es la administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es ella la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, rendimientos financieros y sumas destinadas al aseguramiento de la afiliada, sin que esta circunstancia le genere un enriquecimiento injustificado a la actora, pues como ya se indicó fue la administradora quien faltó a sus obligaciones especiales. En lo referente a la prescripción de los gastos de administración que alega Porvenir, se precisa que tales sumas no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, como quiera que estas deducciones se efectúan con cargo a los aportes efectuados por la afiliada quien pretende a futuro el reconocimiento pensional, derecho que es imprescriptible tal como lo ha expresado la SL CSJ.

En cuanto al principio de la sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-2020<sup>6</sup>) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C.,

---

<sup>6</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, consecuencia que se generó debido a la omisión de la administradora (en este caso Porvenir) de entregar información completa, veraz y suficiente a la demandante sobre todo lo relacionado con las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la SL CSJ los efectos de la declaratoria de nulidad del traslado son los señalados en el artículo citado por Porvenir en atención a que fue ella quien recibió a ZULUAGA HOYOS, por lo que al declararse nulo el contrato de afiliación con esa AFP debido a su falta de asesoría y diligencia, solo resta retornar al régimen de prima media y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020<sup>7</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

De los salvamentos de voto que Colpensiones requiere sean analizados, si bien estos existen y La Sala no los desconoce, lo cierto es que la posición mayoritaria y el criterio actual de la Sala Laboral de nuestro máximo órgano de cierre es el desarrollado en la presente ponencia, que no es otro que declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se falta al deber de información, asesoría y buen consejo que deben garantizar las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad desde el momento de la afiliación de los trabajadores y durante toda su vinculación.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

---

<sup>7</sup> "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

[...]

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

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

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AMANDA MEDINA BOCANEGRA  
CONTRA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., COLFONDOS S.A.  
PENSIONES Y CESANTIAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00110 01 Juz 12.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

AMANDA MEDINA BOCANEGRA demandó a la AFP OLD MUTUAL, AFP COLFONDOS y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petitia.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 a 3. Para el 01 de abril de 1994 se encontraba afiliada al ISS, luego se trasladó a la AFP COLFONDOS y en noviembre de 2017 se vinculó con la AFP OLD MUTUAL quien es su actual administradora y donde efectúa aportes voluntarios. Al momento del traslado Colfondos no le comunicó sobre las implicaciones y desventajas del traslado de régimen pensional, tampoco le expuso la naturaleza del RAIS. Dijo que no le presentaron un comparativo de los escenarios entre uno y otro régimen. La AFP Colfondos no le informó de las ventajas de permanecer en el RPM ni le sugirieron permanecer en dicho régimen, pues Colfondos solo le indicó que el Seguro Social se acabaría. Solicitó a COLFONDOS una proyección pensional quien le advirtió que su mesada ascendería a la suma de \$1.100.000, razón por la que decidió trasladarse a Old Mutual quien le brindó información sobre el ahorro voluntario.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas COLPENSIONES, AFP OLD MUTUAL y AFP COLFONDOS contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 70 a 76.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó la afiliación al ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

La **AFP OLD MUTUAL** contestó en los términos del escrito visible a folios 110 a 119.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; Old Mutual no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, no supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

La **AFP COLFONDOS** contestó en los términos del escrito visible a folios 139 a 149 y 164 a 194 (subsanción).

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la proyección pensional.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la demandante a Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante efectuada con ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. el 27 de noviembre de 2000 y la subsiguiente con OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. el 13 de septiembre de 2017. Ordenó a la AFP SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES el valor de los saldos, aportes, rendimientos, gastos de administración proporcionales, comisiones generadas en el RAIS y también ordenó

a COLFONDOS devolver los gastos de administración proporcionalmente junto con las comisiones que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que las AFP (COLFONDOS y OLD MUTUAL) no desplegaron su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostraron haber cumplido con el deber de información y buen consejo. Resaltó que los formularios de vinculación no acreditan un consentimiento informado conforme lo expresado la SL CSJ, indicó que los comunicados de prensa no reflejan que la asesoría brindada a la demandante haya sido personalizada ni acorde a la situación pensional al momento del traslado y que el cambio entre administradoras no ratificó la decisión de permanecer en el RAIS, como quiera que tal situación no convalida la actuación viciada (SL 3383/11). Respecto de la excepción de prescripción la declaró no probada dado que La acción de ineficacia entre regímenes pensional es imprescriptible conforme lo ha señalado la SL CSJ en sentencia SL 8544/16.

### **Recurso de apelación**

**La demandada AFP OLD MUTUAL,** solo presentó objeción por la condena por devolución de gastos de administración, dijo que no es posible su reintegro porque tal comisión está autorizada por la ley, el negocio del que se encarga la administradora genera unos rendimientos sobre el capital de la afiliada los que se causan con ocasión de la buena gestión de la AFP. Manifestó que, en los gastos de administración, se incluyó el seguro previsional por invalidez y muerte con los que estuvo cubierta la afiliada, aunado a que la demandante en su interrogatorio de parte indicó que Skandia fue la única entidad que le brindó información clara, verdadera y eficaz, razón por la cual no es procedente la devolución de la comisión de administración.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** indica que las demandadas no demostraron un actuar diligente ni mucho menos responsable frente a la información dada al actor, pues no le pusieron de presente las ventajas y desventajas que le acarrearía el traslado de régimen pensional, aunado a que conforme lo enseñado por la jurisprudencia de la SL CSJ ante la omisión del deber de información de las AFP, lo procedente es declarar la ineficacia del traslado, circunstancia por la cual solicita se confirme la decisión.

### **Parte demandada:**

**COLPENSIONES;** adujo que las convocadas a juicio, le entregaron al demandante información clara y suficiente sobre las condiciones propias del traslado de régimen, razón por la cual no puede atribuírseles una responsabilidad, máxime cuando el accionante conoció y comprendió las consecuencias de tal determinación, decisión que plasmó al momento de suscribir el formulario de vinculación. Concluyó que la orden de retornar al RPM afecta el principio de sostenibilidad financiera que

caracteriza A Colpensiones pues se obliga a la entidad a recibir a la accionante pese a encontrarse inmersa en la prohibición legal contemplada en el art. 2 de la Ley 797/03, lo que impediría el traslado de régimen pensional.

**AFP OLD MUTUAL y AFP COLFONDOS;** guardaron silencio.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la condena a la devolución de los gastos de administración.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 10 de octubre de 2018 (fl. 60) en la que solicitó la nulidad del traslado, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional de la demandante no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. desde el 27 de noviembre de 2000 (fl. 196) y su posterior afiliación a la AFP OLD MUTUAL el 13 de septiembre de 2017 (fl. 126), quien es su actual administradora.

La única decisión impartida por el Juez, que se controvierte por parte de la recurrente OLD MUTUAL, es la orden de devolver los gastos de administración, ya que frente a la validez del traslado de régimen y sus demás consecuencias, quienes integran el extremo pasivo guardaron silencio.

### **Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y sumas por concepto de seguros previsionales, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias, como la SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, doctrinó:*

*[...]*

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a la AFP OLD MUTUAL devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso y como OLD MUTUAL es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración y sumas destinadas a cubrir los seguros provisionales, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período, teniendo en cuenta que los efectos de esta declaratoria cobijan a todas las entidades del RAIS donde estuvo vinculada la demandante, quienes se reitera están obligadas 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 RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Ahora, es de precisar que si bien MEDINA BOCANEGRA en su interrogatorio manifestó que OLD MUTUAL le brindó información clara y completa sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, lo cierto es que la ineficacia del acto inicial afecta todas las posibles y sucesivas afiliaciones, por ello OLD MUTUAL debe asumir la responsabilidad de no haber verificado la legitimidad del traslado inicial, lo cual no obsta para que pueda repetir contra COLFONDOS pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP OLD MUTUAL. Fíjense en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para la recurrente.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP OLD MUTUAL. Fíjense en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para la recurrente.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MÓNICA CATALINA RUBIANO ESTUPIÑAN contra CENTURY SPORTS S.A.S. Rad. 2019 – 00150 01 Juz. 32.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

MÓNICA CATALINA RUBIANO ESTUPIÑAN demandó a CENTURY SPORTS SAS, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda (fl. 3) y la subsanación (fl. 41).

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Reintegro.
- Estabilidad laboral reforzada.
- Salarios desde el 22 de enero de 2018, indexados a la fecha de la sentencia.
- Nulidad del acta de terminación de contrato por mutuo acuerdo.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3. Se vinculó con la demandada el 12 de febrero de 2017 en el cargo de cajera, su último salario fue de \$794.000 más comisiones. El 19 de marzo del mismo año en uno de los almacenes de CENTURY SPORTS sufrió un accidente que le ocasionó múltiples secuelas en su salud, fue incapacitada por la ARL 38 días en total. Desde el 21 de julio de 2017, la EPS emitió distintas incapacidades médicas relacionadas con el accidente de trabajo. El 18 de septiembre de 2018, la pasiva la llamó para que suscribiera acta de terminación del contrato de trabajo, por lo que el vínculo laboral feneció sin justa causa y sin tener en cuenta las ordenes médicas de reubicación emitidas por la EPS. Expone que las afecciones de estado de salud están relacionadas con la desviación

de columna vertebral "*lesión degenerativa desde S1 a L5*", la cual es producto del referido accidente laboral.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 68 a 85.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó el hecho relacionado con el salario de la demandante.
- Formuló como excepciones de mérito, cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, necesidad de probar el nexo causal entre el despido y el estado de salud de la demandante, subrogación de riesgos en cabeza de las entidades del sistema de seguridad social, buena fe, prescripción, compensación y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo mediante la cual declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y la de la obligación e inexistencia de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud propuestas por la demandada y en ese orden absolvió de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al constatar que el despido no obedeció a la condición médica sufrida por la demandante, como quiera que, al momento de la terminación del contrato de trabajo RUBIANO ESTUPIÑAN no contaba con incapacidad médica vigente. En cuanto a la estabilidad laboral reforzada y el reintegro pretendido, adujo que la promotora del proceso, no cumplió con la carga de la prueba conforme lo establecido en las sentencias SL2548/19, SL260/19 y los artículos 164 y 167 del CGP, dado que no aportó documental que acreditará que la convocante tuviese incapacidad posterior a la última que le fue otorgada (*17 de septiembre de 2018*), hecho que fue corroborado por ella en su interrogatorio de parte. También precisó que la demandante no goza de tal protección pues en aplicación de la sentencia SL 17008/17 su ARL calificó una PCL del 0% decisión que fue confirmada por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá. Respecto a la declaratoria de nulidad del acta de terminación de contrato de trabajo por mutuo acuerdo, indicó que tal pedimento no era procedente porque el referido acuerdo no existió y la demandada aceptó que el finiquito de la relación laboral fue sin justa causa. Absolvió de los salarios perseguidos al corroborar que el empleador efectuó todos los pagos a favor de la trabajadora incluidos los días de incapacidad médica

según los desprendibles de nómina aportados por la pasiva. Frente a la existencia del contrato de trabajo aclaró, que los extremos de la relación laboral corresponden al 13 de febrero de 2017 al 18 de septiembre de 2018, conforme el contrato de trabajo, la certificación laboral y la liquidación de prestaciones sociales allegadas.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Guardó silencio en esta etapa.

**Parte demandada:** Indicó que el Juez acertó en su decisión, por cuanto la demandante no demostró que a la terminación del contrato de trabajo se hubiese encontrado en incapacidad o tratamiento alguno que le impidiese su despido, por lo que no puede extenderse la estabilidad laboral reforzada pretendida.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones de la demandante y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

#### **Existencia del Contrato de Trabajo**

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *"aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*. El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación

laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

Frente a este punto, no hay controversia en cuanto a la existencia de la relación laboral que hubo entre MÓNICA CATALINA RUBIANO ESTUPIÑAN y CENTURY SPORT S.A.S, tal como se desprende del contrato de trabajo que milita a folios 24 a 34, el cual fue suscrito el 13 de febrero de 2017, y feneció sin justa causa por la demandada el 18 de septiembre de 2018, según carta de terminación que milita a folio 98. Tampoco se discute el cargo ocupado (asesor de ventas - 48 horas), ni el salario devengado por la actora conforme a la liquidación de prestaciones sociales y el certificado laboral obrantes a folios 97 y 100 respectivamente, por lo que le asiste razón al A quo al concluir en la existencia del contrato de trabajo y sus extremos comprendidos entre el 13 de febrero de 2017 al 18 de septiembre de 2018.

#### **Estabilidad laboral reforzada.**

Frente a este punto y en aplicación de la Ley 361 de 1997, se debe indicar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial que procede exclusivamente para las personas que presenten una "minusvalía" o "limitación", superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud (sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más). Sin embargo, no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7º del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo no podría hablarse de limitaciones en los grados allí previstos, por lo que en aquellos eventos en los que se encontraba vigente tal precepto, La Sala ha optado por aplicar el criterio de la jurisprudencia constitucional, según el cual esta protección especial procede para todos aquellos sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, pero siempre y cuando aquel les impida, de alguna manera, ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir, sobre todos aquellos que presentan un grado de discapacidad, aunque no los coloque en situación de invalidez, o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, sino en un estado de debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica (CC, sentencias T-307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015), interpretación que

también ha sido asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar la sentencia SL11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno<sup>1</sup>.

Al expediente fueron aportados los siguientes documentos: certificados médicos de aptitud laboral con énfasis osteomuscular de fechas: 09 de febrero, 25 de agosto, y 01 de diciembre de 2017 (fls. 16 a 18), en los que se recomienda a la actora hacer pausas activas, gimnasia laboral, higiene postural y practicar natación. Recomendaciones médico laborales emitidas por UNIMSALUD S.A.S, donde se registra que la demandante padece de discopatía lumbar que la limita para desarrollar el cargo de cajera por lo que se recomendó reasignar otro cargo a la trabajadora (fl.19). Historial de incapacidades médicas interrumpidas expedida por la EPS Famisanar (desde el 19 de octubre de 2011 al 17 de septiembre de 2018 - fls 20 a 23), formato de investigación de accidente de trabajo ocurrido el 19 de marzo de 2017 (fls. 106 y 107), cuyo diagnóstico fue *"trauma por caída con lesión en tejidos blandos"*, los hechos que generaron el accidente consisten en que *"la colaboradora Mónica Catalina Rubiano Estupiñán el día 19/03/2017 a las 4:27 pm se encontraba realizando una venta, sube al segundo piso que es l bodega, esta bodega tiene una rejilla, la cual retiraron para subir un calzado por este espacio para no dar vueltas por las escaleras, la trabajadora al salir de la bodega no se percata de este espacio y cae del segundo piso al primero de una altura de 205 Metros, cae de espaldas, cae consciente, presenta dolor en la espalda y se evidencia laceración"*.

También se aportó dictamen de PCL del 04 de marzo 2018, donde la ARL COLMENA determinó que la demandante ostenta una PCL del 0% por los diagnósticos: *"trauma de tejidos blandos a nivel de región dorsal izquierdo, rodilla izquierda y codo izquierdo como consecuencia del accidente de trabajo de fecha 19/03/2017"* y que la discopatía lumbar degenerativa es una patología no asociada al accidente de trabajo (fls. 134 a 137), decisión que fue confirmada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante dictamen del 22 de agosto de 2018 (fls. 129 a 131). Mediante oficio del 29 de abril de 2019 (fl. 159) se informa a la trabajadora que *"el caso de RUBIANO ESTUPIÑAN MÓNICA CATALINA, se encuentra cerrado administrativamente, ya que la paciente no tiene tratamientos pendientes"*

---

<sup>1</sup> *"la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845)*  
(...)

*Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.*

*Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adocinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)"*

*de rehabilitación ni recomendaciones laborales vigentes por este evento agudo resuelto”* y a folio 110 se allegó concepto de rehabilitación médica de la demandante emitido por la EPS Famisanar el **20 de abril de 2018** (fl. 110), en el que se dictaminó un pronóstico laboral favorable al haber cumplido con la incapacidad temporal prolongada; esto quiere decir que para el **18 de septiembre de 2018** (*fecha en que se terminó el contrato de trabajo – fl. 98*) si bien el empleador conocía del estado de salud de la trabajadora a quien le fueron expedidas varias incapacidades, lo cierto es que para el momento en que se terminó el contrato de trabajo RUBIANO ESTUPIÑAN no contaba con más incapacidades y gozaba de buen estado de salud, el que se infiere de las calificaciones de pérdida de capacidad laboral en las que se determinó que la demandante cotaba un 0% de PCL. En consecuencia, le asiste razón al juez el concluir que la demandante no tiene derecho a la aplicación de esta garantía.

### **Salarios.**

Solicita la actora el pago de \$10.322.000 por concepto de salarios dejados de percibir desde el 22 de enero de 2018, no obstante se aportó a folios 140 a 157 desprendibles de nómina por los meses de enero a agosto de 2018 en los que registra el pago de las acreencias laborales a cargo de la demandada. Así mismo milita a folio 158 liquidación de prestaciones sociales, donde se incluyó el pago del salario del mes de septiembre y sus demás acreencias laborales. Por lo que en el asunto no hay lugar a imponer condena alguna a cargo de la demandada.

### **Nulidad del acta de terminación de contrato por mutuo acuerdo.**

Para resolver este punto, basta con recordar que el contrato de trabajo entre las partes en litigio no terminó por ningún acuerdo, pues ya quedó establecido que lo fue por decisión unilateral del empleador conforme la carta de despido que milita a folio 98 y en la que se indicó: *“por medio de la presente me permito comunicarle la decisión de la compañía de terminar a partir de la fecha, de forma unilateral y sin justa causa su contrato individual de trabajo. Dada la modalidad de terminación contractual que se invoca, junto con la liquidación de su contrato, la compañía le reconocerá la indemnización que corresponda en los términos del artículo 64 del Código sustantivo del Trabajo”*. En consecuencia en el asunto, no hay lugar a analizar esta pretensión por inexistente.

**COSTAS.** Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia y por autoridad de la ley:

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos del Circuito de Bogotá el día 04 de febrero de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO – COSTAS.** - Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

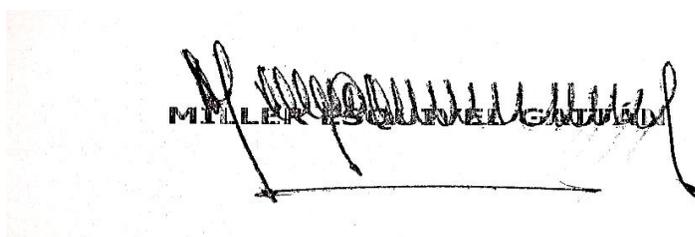
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CRISTINA ROBAYO TIBAVIZCO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00375 01 Juz 23.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

MARÍA CRISTINA ROBAYO TIBAVIZCO demandó a COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 4 y 5.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 8. Nació el 25 de mayo de 1963. Se afilió al ISS el 20 de enero de 1989 donde cotizó hasta el 31 de julio de 1999 un total de 320 semanas. El 26 de julio de 1999, se trasladó a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A, donde permaneció hasta el 17 de junio de 2003 fecha en la que se trasladó a PORVENIR sin que en ese momento se le informara sobre las implicaciones del traslado de régimen y no se le efectuó una proyección pensional para que pudiese tomar la decisión más adecuada. En enero de 2018, la demandada PORVENIR le informa que el saldo de su cuenta de ahorro individual es de \$122.243.774 y que su mesada pensional ascendería a un 1 SMLMV, suma ostensiblemente menor a la indicada por la AFP al momento del traslado de fondo. El 08 de mayo de 2019, presentó reclamación administrativa la cual fue despachada desfavorablemente.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible a fls. 50 a 65.

- No se opuso ni se allanó a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el RPM y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el art. 48 de la Constitución Política, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias del traslado y genérica.

**PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 92 a 103.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y el traslado a Colmena hoy Protección.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y genérica.

**PORVENIR S.A.**, contestó en los términos del escrito visible a fls. 137 a 166.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y la afiliación a esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **Sentencia de Primera Instancia.**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. y por ende a PORVENIR S.A. Condenó a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de septiembre de 1999 y el 31 de julio de 2003 con motivo de la afiliación de ROBAYO TIBAVIZCO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos financieros que se hubiesen causado sin efectuar descuento alguno por concepto de administración, autorizó descontar el

dinero que transfirió a Porvenir al momento del traslado de administradora y declaró válidamente afiliada a MARÍA CRISTINA ROBAYO a Colpensiones. Llegó a tal determinación luego de establecer que PROTECCIÓN no probó que la información brindada a la afiliada fuese completa, oportuna y veraz, consideró no ser suficiente el formulario de afiliación pues este tan solo acredita un consentimiento, pero no informado. Resaltó que el deber de información siempre ha existido, por lo que no es dable el hecho de que ROBAYO TIBAVIZCO no fuese beneficiaria del régimen de transición, ya que el cumplimiento al deber de información debe garantizarse a todos los afiliados al SGSS sin distinción alguna. Concluyó que se configura la ineficacia ya que conforme a lo consagrado en el art. 13 de la Ley 100/93 esta se estructuró al momento de no documentar de manera clara y suficiente las consecuencias que acarreó el traslado de régimen pensional de la parte actora. Indicó que las administradoras deben devolver las sumas por concepto de administración, pues como lo ha señalado la SL CSJ en sentencia SL 2877/20 dicha devolución son las consecuencias de la declaratoria de nulidad en razón a la falta de información de las AFP. Frente a la excepción de prescripción, manifestó que al estar intrínsecamente ligada la ineficacia con el derecho pensional, esta debe cobijarse bajo la misma prerrogativa, por lo que es imprescriptible tal como lo ha expresado la CSJ y se relevó del estudio de los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

### **Recurso de Apelación.**

**PROTECCIÓN S.A.** manifestó no estar de acuerdo con la devolución de todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la demandante como quiera que estas ya fueron trasladadas a Porvenir. Indicó que no es procedente la devolución de los gastos de administración dado que dichas sumas están expresamente autorizadas en el art. 20 de la Ley 100/93 los cuales ya se encuentran prescritos. Resaltó que en la comisión de administración se incluyó la cobertura de seguros provisionales, sumas que ya fueron pagadas a las aseguradoras las cuales no pueden ser devueltas al ser estas entidades un tercero de buena fe.

La **AFP PORVENIR** no comparte la decisión del A quo, pues adujo que la afiliación a esa AFP se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones, aunado a que la AFP Protección cumplió con el deber de información ya que la demandante conoce de las características y del funcionamiento del RAIS, por lo que no puede hablarse de un perjuicio por solo la diferencia de la mesada pensional. Manifestó que no es procedente la devolución de gastos de administración, toda vez que estos valores tienen por mandato legal una destinación específica y su devolución desconocería la gestión de administradora, además de que ya no se encuentran en las arcas de la AFP e indicó que los dineros por concepto de seguros ya fueron pagados a la aseguradora.

**COLPENSIONES**, solicita se revoque el fallo, como quiera no se probó la existencia de vicios en el consentimiento, para que se declare la nulidad del traslado. Adujo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legítima al momento del traslado pues solo acreditaba 319,29 semanas cotizadas al ISS y le faltaban más de 25 años para acceder al reconocimiento

pensional. Citó la sentencia con radicado 2016 008701/17 proferida por el TS de Pereira, e indicó que la simple inconformidad en el valor de la mesada no constituye prueba de que el traslado se haya hecho a base de engaños. Manifestó que al momento del traslado solo debía informar sobre las condiciones del traslado y conforme al Decreto 663/93, asesoría que se brindó en los términos señalados y concluyó que existió una desinterés y descuido por parte de la afiliada pues por el contrario continuó efectuando cotización al RAIS por más de 25 años lo que convalidó que su decisión de traslado se hizo de forma libre y voluntaria.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** adujo que las AFP no demostraron haber brindado información suficiente, amplia y oportuna que le permitiera conocer las consecuencias, implicaciones y desventajas del traslado de régimen pensional, tampoco se acreditó en el proceso que las administradoras hubiesen cumplido con el deber de buen consejo, pues son dichas entidades las que tienen la carga de la prueba y ante la inexistencia de un consentimiento informado es procedente declarar la ineficacia del traslado, razón por la cual pide se confirme la decisión.

### **Parte demandada:**

**PROTECCIÓN**, guardó silencio en esta etapa.

**PORVENIR**, dijo que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre, voluntaria y consciente tal como lo ratificó en el formulario de vinculación suscrito por la demandante, por cuanto la decisión de afiliarse con la AFP goza de plena validez como quiera que su afiliación se hizo conforme a la normatividad vigente al momento del traslado. Manifestó que la oportunidad de traslado de la actora feneció, pues la misma contaba con tres años para retornar al RPM luego de vincularse con ING, no obstante no lo hizo, por lo que se entiende que decidió continuar en el RAIS, también señaló que no es procedente la devolución de los gastos de administración ya que tales sumas no hacen parte integral de la pensión de vejez, tienen una destinación específica además de estar autorizadas expresamente por la Ley.

**COLPENSIONES**, pide se revoque la decisión, por cuanto no demostró la existencia de vicios del consentimiento para declarar la nulidad del traslado de régimen, pues por el contrario la AFP probó haber cumplido con el deber de información que le asistía, además de que la decisión de cambio de régimen fue plasmada por la actora al momento de diligenciar el formulario de vinculación con la AFP. Recalcó que ROBAYO TIBAVIZCO no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima al momento del traslado, razón por la cual debía someterse a lo dispuesto en la Ley 100/93, aunado a que su traslado al RPM en este momento es inviable ya que se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en el art. 2 de la Ley 797/03 y al ordenar su regreso a Colpensiones se afectaría el principio de sostenibilidad financiera que caracteriza al sistema.

## CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional y la orden de devolución de las gastos de administración.

### **Reclamación Administrativa.**

Fue agotada en legal forma el 08 de mayo de 2019 como se desprende de los folios 31 a 33, en la que solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen pensional, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional.**

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 26 de julio de 1999 cuando suscribió el formulario de afiliación con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (fl. 22) y la posterior afiliación a PORVENIR S.A. el 17 de junio de 2003 (fl. 23) quien es su actual administradora. Respecto a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias.

Al respecto encuentra La Sala que si bien la demandante el día 26 de julio de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA (fl. 22), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

### **Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la afiliada. Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, siendo responsabilidad de la AFP dejar claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup>, reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico, pues dependiendo de este tipo de circunstancias (diferencia de la mesada pensional) es que se va a estibar la correspondiente pensión de vejez; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PROTECCIÓN), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada tal como lo señaló el A quo (SL4811-2020, SL4373-2020, SL1688-2019), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos

---

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

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

<sup>2</sup> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como lo señala la apoderada de Colpensiones.

Nada de lo anterior demostró la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, entidad que asumió la afiliación al RAIS, ni PORVENIR, ya que todas se limitaron a indicar que a la demandante se le brindó la información necesaria para trasladarse tanto de regímenes como de fondos, no obstante ninguna de las AFP demostró el ejercicio del deber del buen consejo en los términos expuestos por la SL CSJ (SL1689-2019, SL1452-2019) ni el cumplimiento al deber de información, pues si bien ROBAYO TIBAVIZCO mencionó en el interrogatorio de parte algunas características del RAIS y manifestó su inconformidad sobre el valor de la mesada pensional, lo cierto es que solo hasta el momento que alcanzó el requisito de edad, conoció de las verdaderas consecuencias que le había acarreado la decisión del traslado, de ahí que en ese momento acudió a efectuar la respectiva proyección y determinó que al momento del traslado no se le puso de presente la información completa y necesaria para su decisión hubiese sido realmente libre y voluntaria.

Insuficiencias que no se subsanan con el tiempo de permanencia en el RAIS por más de 25 años como lo afirma la apoderada de Colpensiones, pues estas circunstancias si no provienen de la elección libre e informada de la afiliada, acompañada de una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las

---

<sup>3</sup> *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados 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 materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si MARÍA CRISTINA ROBAYO es o no beneficiaria del régimen de transición o cuenta con una expectativa legítima pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*". (Subrayado fuera de texto)

Para La Sala tampoco es de recibo el argumento de Colpensiones consistente en que el actuar de la demandante fue desinteresado y descuidado, porque tal y como lo ha expresado la reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, es la AFP quien debe suministrar información suficiente, clara y veraz al momento del traslado y durante toda la vinculación y no solo sobre las características del régimen que administra sino también de las consecuencias que le acarrearía tal decisión a la trabajadora, ya que es Protección y Porvenir quienes deben comunicar a sus afiliados todo lo referente a los productos ofrecidos, pues de lo contrario se atenta contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio prestado.

### **Devolución por concepto de gastos de administración.**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de recordar que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones destinadas a la cobertura de seguros provisionales, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

*[...]*

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas*

*en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a las AFP devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, como PORVENIR es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la promotora del proceso y PROTECCIÓN fue la administradora a la que se trasladó la actora, son las llamadas a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período. En lo referente a la prescripción de los gastos de administración que alega Protección, se precisa que tales sumas no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, como quiera que estas deducciones se efectúan con cargo a los aportes efectuados por la afiliada quien pretende a futuro el reconocimiento pensional, derecho que es imprescriptible tal como lo ha expresado la SL CSJ.

En cuanto a la orden de devolver todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la actora administrada por PROTECCIÓN, esta expone que tal rubro ya fue trasladado a PORVENIR, no obstante, se precisa que el Juez en el párrafo del numeral primero de la sentencia indicó: *"Se autoriza efectuar el descuento del dinero que se transfirió a Porvenir con ocasión del traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de agosto de 2003"*, por lo que Protección solo debe devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de seguros provisionales y los gastos de administración, pues como ya se dijo esta devolución es la consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado efectuado a esa AFP, por ende la decisión del A quo no se modifica, y en caso de que PORVENIR ya cuente con ellos, se tendrá por satisfecho lo ordenado por el Juez.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

## **DECISIÓN**

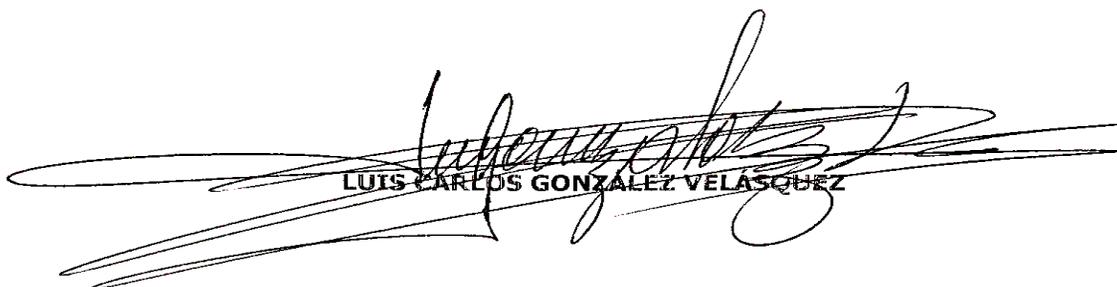
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA OMAIRA TREJOS GARCÍA  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y AFP OLD MUTUAL. Rad. 2019 00615  
01 Juz 24.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

CLAUDIA OMAIRA TREJOS GARCÍA demandó a COLPENSIONES, AFP OLD MUTUAL y COLFONDOS S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 6 y 7.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Nulidad de los traslados entre administradoras.
- Traslado de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 7 a 10. Nació el 20 de mayo de 1964. Se afilió al ISS en abril de 1990 donde cotizó 205 semanas y permaneció hasta febrero de 1994, fecha en la que se trasladó a Colfondos S.A. sin que en ese momento se le informara sobre las implicaciones del traslado de régimen, pues solo

se le dijo que podría pensionarse a cualquier edad, pero no se le efectuó una proyección pensional para que su decisión fuese informada. Posteriormente se afilió a la AFP OLD MUTUAL (actual administradora), persistiendo la falta de información suficiente que le permitiera entender las consecuencias de los traslados. La demandada OLD MUTUAL le informa que de continuar cotizando hasta los 57 años de edad, su mesada sería equivalente a la suma de \$1.982.000 y en el RPM sería de \$4.905.000 a la misma edad. En el 2019 solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, petición a la que no se accedió.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **AFP OLD MUTUAL** contestó en los términos del escrito visible a fls.106 a 112.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento, ser la actual administradora de la actora, la solicitud de nulidad de traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; buena fe, genérica, prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible a fls. 136 a 155.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, semanas cotizadas al RPM, la reclamación administrativa y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio de constitucionalidad previsto en el art. 48 de la Constitución Política, compensación, prescripción y genérica.

Mediante auto del 14 de septiembre de 2020 (fl. 182) se tuvo por contestada la demanda por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, al no ser admitido el allanamiento a las pretensiones efectuado por la AFP.

### **Sentencia de Primera Instancia.**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante con efectividad a partir de mayo 1994. Ordenó a la AFP SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de TREJOS GARCÍA, como cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses conforme el art. 1746 C. Civil, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado y los gastos de administración los cuales debe asumir con su propio patrimonio, a Colpensiones a actualizar y corregir la historia laboral de la afiliada y a COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones lo que haya deducido de los aportes pensionales por concepto de gastos de administración. Llegó a tal determinación luego de establecer que COLFONDOS no acreditó que la información brindada a la afiliada fuese objetiva, comparada y transparente respecto a las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, máxime cuando no se aportó si quiera el formulario de vinculación por parte de esa AFP y allanarse a los hechos y pretensiones de la demanda, circunstancia que demuestra el incumplimiento al deber de información que le asistía desde el momento del traslado de régimen pensional. Adujó que SKANDIA tampoco probó haberle suministrado a la demandante la información necesaria sobre las características y consecuencias de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad para que así su decisión de traslado hubiese sido libre y voluntaria conforme lo señala la Ley 100/93. Concluyó que la decisión de ordenar el retorno de la afiliada al RPM, no afecta el principio de sostenibilidad financiera que caracteriza a Colpensiones, pues al ordenar devolver todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con los gastos de administración, se garantiza el cumplimiento a tal principio según lo expresado por la SL CSJ. Frente a la excepción de prescripción, manifestó que al estar intrínsecamente ligada la ineficacia con el derecho pensional, esta debe cobijarse bajo la misma prerrogativa, por lo que es imprescriptible tal como lo ha expresado la CSJ.

### **Recurso de Apelación.**

La demandada **AFP OLD MUTUAL**, dijo que no es dable la devolución de los gastos de administración, como quiera que son emolumentos consagrados en la ley 100/93, tales sumas cubren a la afiliada en caso de riesgo por invalidez y muerte y ya no están en las arcas de la administradora por ser una contraprestación a los servicios suministrados a TREJOS GARCÍA. Indicó que conforme al art. 7 del Decreto 3995/08 no es procedente la devolución de la comisión de administración ya que no están a disposición de la AFP, aspecto reiterado por la Superintendencia Financiera.

**COLPENSIONES**, solicita se revoque el fallo, como quiera que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones, además de que no se probó la existencia de vicios en el consentimiento para que se declarará la nulidad del traslado, aunado a que la demandante ratificó su decisión de trasladarse de régimen al momento de suscribir el formulario de afiliación con Colfondos, máxime cuando la promotora del proceso no cumplió con la carga de la prueba en los términos del art. 167 del CGP. Indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en el art. 2 de la Ley 797/03 y resaltó que TREJOS GARCÍA para la solicitud de retorno al RPM ya se encontraba en la prohibición legal de traslado, por lo que no se podía acceder a tal solicitud. Adujó que no tuvo ninguna injerencia ni responsabilidad al momento del traslado pues en el cambio de régimen pensional solo participó la demandante y las AFP. Citó la sentencia C 334/11 proferida por la Corte Constitucional y manifestó que no se puede desconocer las características del RPM, por lo que al recibir a la actora nuevamente en el RPM se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera que cobija al RPM, por lo que recibir a la demandante generaría una descapitalización del fondo común administrado esa administradora

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** solicita se confirme la decisión, por cuanto la nulidad y/o ineficacia del traslado no requiere que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición, como quiera que sin importar la calidad que ostenta la actora, ya que la AFP debe garantizar el cumplimiento al deber de información, lo que significa, que debe comunicarle a la afiliada las ventajas y desventajas de pertenecer

al RAIS, deber que no se acredita con la suscripción del formulario pues tal documento no corresponde a la expresión libre, voluntaria e informada de TREJOS GARCÍA conforme lo ha señalado la SL CSJ.

**Parte demandada:**

**COLPENSIONES,** manifestó que no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarará la nulidad del traslado, pues por el contrario la afiliación de la demandante al RAIS fue libre, voluntaria e informada. Concluyó que en caso de confirmarse la sentencia, la orden de habilitar la afiliación al RPM de la actora, afectaría el equilibrio financiero y presupuestal de Colpensiones dado que el pasivo pensional se elevaría lo que perjudicaría a los afiliados de la entidad.

**OLD MUTUAL y COLFONDOS,** guardaron silencio en esta etapa procesal.

**CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional y la orden de devolución de los gastos de administración.

**Reclamación Administrativa.**

Fue agotada en legal forma el 02 de agosto de 2019 como se desprende de los folios 69 y 70, en la que solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen pensional, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional.**

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó en mayo de 1994 con COLFONDOS S.A y la posterior afiliación a SKANDIA S.A. (quien es su actual administradora) el 24 de febrero de 2009, tal como se advierte del formulario de afiliación que milita a folio 120. Ahora si bien no se aportó el formulario de traslado a COLFONDOS, este hecho se corrobora con la historia laboral consolidada aportada por SKANDIA S.A (fls. 113 a 119), aunado a que fue un hecho aceptado por esa AFP.

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLFONDOS no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias. Al respecto encuentra La Sala que si bien no se aportó la solicitud de vinculación con COLFONDOS, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 la de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, lo cierto es que si reposará tal documento en el plenario, el diligenciamiento del formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la afiliada. Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, siendo responsabilidad de la AFP dejar claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup>, reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLFONDOS), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020, SL4373-2020, SL1688-2019), no como lo pretende el apoderado de Colpensiones, pues es a

---

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

<sup>2</sup> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

la AFP a quien le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como lo señala Colpensiones.

Nada de lo anterior demostró COLFONDOS, entidad que asumió la afiliación al RAIS, ni OLD MUTUAL hoy SKANDIA a la que la actora se afilió con posterioridad, ya que se limitaron a indicar que a la demandante se le brindó la información necesaria para trasladarse tanto de regímenes como de fondos, no obstante ninguna de las AFP demostró el ejercicio del deber del buen consejo en los términos expuestos por la SL CSJ (SL1689-2019, SL1452-2019) ni el cumplimiento al deber de información que debe garantizar y probar las administradoras del régimen de ahorro individual no la demandante, pues lo cierto es que solo hasta el momento que alcanzó el requisito de edad, conoció de las consecuencias que le había acarreado la decisión del traslado, de ahí que en ese momento acudió a efectuar la respectiva proyección, no obstante el hecho de brindar información sobre las características generales del

---

<sup>3</sup> *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados 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 materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

RAIS, sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Tampoco es dable el argumento de Colpensiones, de que como la demandante está inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la actora entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019).

Ahora, es de precisar que COLPENSIONES si tuvo injerencia en el traslado al RAIS pese a que en esa época el traslado se efectuó con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS entidad que aprobó el traslado inicial del régimen, por lo que al no haber verificado la legitimad de dicho traslado debe asumir la responsabilidad, lo cual no obsta para que ella repita contra COLFONDOS, pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

### **Devolución por concepto de gastos de administración.**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de recordar que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

*[...]*

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a las AFP devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, sin que se atente contra lo dispuesto en el art. 7 del Decreto 3395/08 y lo referido por la Superintendencia Financiera, y como OLD MUTUAL es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la promotora del proceso, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período.

En cuanto al principio de la sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-2020<sup>4</sup>) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de

---

<sup>4</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020<sup>5</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Finalmente, sobre la sentencia de la Corte Constitucional citada por el apelante, en la que indicó que al existir controversia entre las Cortes respecto a la declaratoria de nulidad de los traslados de régimen pensional se debe acudir a lo enseñado por dicha Corte, como quiera que se debe garantizar la naturaleza de la administradora, se hace necesario precisar que la postura adoptada por La Sala es la reiterada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al ser nuestro máximo órgano de cierre, la cual no atenta contra el funcionamiento de quien precisamente pide la revisión de este ítem, ya que a lo largo del desarrollo jurisprudencial se ha señalado que la consecuencia al incumplimiento de las obligaciones por parte de las AFP es la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional y al ordenar devolver los gastos de administración y todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, se vela por la protección especial que caracteriza a Colpensiones, sin que tal decisión atente contra los preceptos constitucionales referidos por el recurrente.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

## DECISIÓN

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

---

<sup>5</sup> "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)

**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JESÚS ANTONIO MENESES OTAVO  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
COLPENSIONES Rad. 2019 – 00908 Juz. 4.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

JESÚS ANTONIO MENESES OTAVO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl.2.

- Incremento del 14 y 7% previsto en el art. 21 del Decreto 758/90.
- Intereses moratorios.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 2. El 09 de marzo de 2016 según resolución GNR 73981, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez. Posteriormente mediante resolución SUB 145134 del 30 de mayo de 2018 la Administradora Colombiana de Pensiones le reconoció pensión de vejez a partir

del 16 de febrero de 2018 en cuantía de \$2.243.550. El 04 de marzo de 2019 agotó la reclamación administrativa, sin embargo, se negó el incremento solicitado.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 28 a 35.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptó el reconocimiento pensional, la solicitud del incremento pensional y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas. Llegó a esa determinación al aplicar lo previsto en la sentencia de unificación SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, al constatar que al demandante le fue reconocida la prestación con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 y en virtud de la jurisprudencia citada los incrementos pensionales deprecados sufrieron una derogatoria orgánica. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, dado que entre la reclamación administrativa y la presentación de la demanda, no transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 CST y 151 CPST y declaró probadas las demás excepciones.

## **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Guardó silencio en esta etapa procesal.

**Parte demandada:** Pide se confirme la decisión, como quiera que los incrementos pensionales perseguidos fueron derogados tácitamente por la Ley 100/93, aunado a que la mesada pensional del demandante fue reconocida en vigencia de la citada norma, momento para el cual no se encontraban vigentes los incrementos incoados.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones del demandante y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

#### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 14 de marzo de 2019 (fl.16) en la que se solicitó el incremento por personas a cargo. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

#### **Status de pensionado del demandante**

El demandante nació el 09 de diciembre de 1955 (fl. 19) luego para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 39 años de edad, por lo que la prestación le fue reconocida en Resolución SUB 145134 del 30 de mayo de 2018 (fls. 6 a 11) a partir del 16 de febrero de ese año, en cuantía de \$2.243.550 con base en 2085 semanas, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003 al no

evidenciarse que el demandante fuese beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100/93.

### **Vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales**

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional.

No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política<sup>1</sup>, criterio que acoge La Sala y por consiguiente se entrará a verificar la

---

<sup>1</sup> "De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 10 de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieran cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos.

En el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez fue reconocida mediante resolución SUB 145134 del 30 de mayo de 2018 (fls. 6 a 11) a partir del 16 de febrero del mismo año, fecha para la cual los incrementos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 (14% y 7% por cónyuge e hijos menores de edad respectivamente) ya se encontraban derogados, por lo que se concluye que su aplicación es inviable y le asiste razón al A quo para absolver de las pretensiones de la demanda. Ahora si en gracia de discusión, fuese posible aplicar los incrementos previstos en el citado artículo, lo cierto es que en el asunto MENESES OTAVO ni siquiera acredita ser beneficiario del régimen de transición como para zanjar la controversia y dar aplicación a la anterior postura de la CSJ, en la que se hacían extensivos estos incrementos al encontrarse cobijado por la transición. Finalmente, frente al reconocimiento de los intereses moratorios, es preciso señalar que, ante la improsperidad de la pretensión inicial, este pedimento corre su misma suerte.

Resultan suficientes estas consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia consultada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL,**

---

*Sin perjuicio de la anterior fundamentación, la Corte así mismo recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 200, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”*

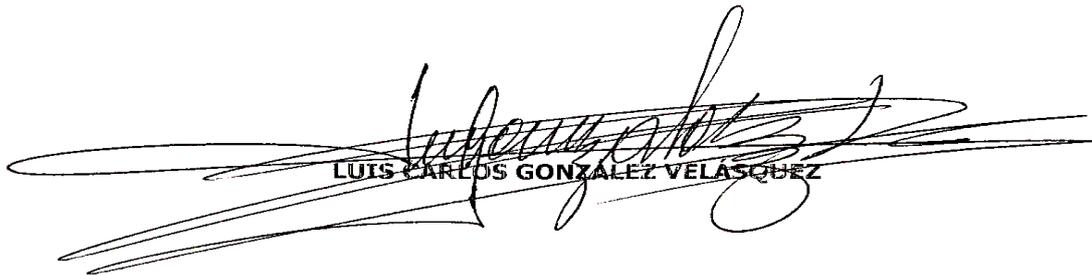
administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de noviembre de 2020 por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**COSTAS.** Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

**(EN PERMISO)**  
**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ.**

**PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL DE YIMI ALEXANDER ARGUELLO GUTIÉRREZ CONTRA BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. Rad. 2020 – 00162 01 Juz. 8º.**

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Tribunal Superior de Bogotá conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado en este asunto y en consecuencia a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

YIMI ALEXANDER ARGUELLO GUTIÉRREZ demandó al BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. para que se profieran las siguientes declaraciones y condenas: (fls. 2 y 3)

- Se declare que entre el actor y el BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo que terminó por causa imputable al empleador
- Se condene a la demandada a reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría por haber sido despedido cuando se encontraba amparado por la garantía de fuero sindical.
- Se condene al banco demandado al pago de salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y el reintegro junto con los incrementos causados, las primas de servicios, vacaciones legales y extralegales, cesantías, intereses a las cesantías, auxilios extralegales y cotizaciones a seguridad social.
- Costas del proceso

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 4. Manifiesta que el actor ingresó a laborar al BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. el 19 de octubre de 2010; que desempeñó como último cargo el de auxiliar con un salario de \$1.941.586 y que le fue terminado su contrato de trabajo el 7 de febrero de 2020.

Menciona que para la fecha del despido el demandante se encontraba amparado por el fuero sindical, ya que se hallaba dentro de los 6 meses siguientes al retiro de su cargo como presidente del sindicato SINAEBYF que es una organización sindical de primer grado y de industria con acta de constitución de fecha 5 de noviembre de 2016. Que el 2 de septiembre de 2017 el demandante fue nombrado presidente de la organización sindical cuya designación se registró el 4 de septiembre de 2017 y desempeñó el cargo hasta el 2 de septiembre de 2019, por lo que la protección sindical estaba vigente hasta el 2 de marzo de 2020 y se encontraba a paz y salvo con el sindicato.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad el 16 de julio de 2020, notificado el auto y corrido el traslado a la entidad demandada BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. y a la organización sindical SINAEBYF, contestó la demanda el BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. en la audiencia de fecha 12 de agosto de 2021 de la siguiente manera:

- No se opuso a la pretensión relacionada con la existencia del contrato de trabajo, pero si se opuso a las demás pretensiones por considerarlas improcedentes.
- En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, los extremos, el salario devengado y las labores desempeñadas y el cargo en la organización sindical. Negó los demás hechos y manifestó que no es cierto que haya ocupado el cargo de presidente de la organización hasta la fecha que se indica en la demanda; que el fuero residual solo se extendía por un término de 3 meses conforme a la modificación de junta directiva de la seccional Bogotá de la organización sindical y por lo tanto no contaba con la garantía sindical ya que con posterioridad a la nueva designación se encontraba en el puesto 20 de la junta directiva.
- Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia del fuero sindical, inexistencia de la obligación de reintegro, prescripción y buena fe.

La organización sindical SINAEBYF no hizo manifestación alguna.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia del 25 de agosto del año en curso en la que absolvió al BANCO IATU CORPBANCA COLOMBIA S.A. de las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de inexistencia de fuero sindical e inexistencia de la obligación de reintegro, sin condenar en costas a las partes.

Llegó a esa determinación al observar que no había sido objeto de controversia la existencia de la relación laboral y la designación como presidente de la seccional de la organización sindical; en cuanto a la garantía foral tuvo en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida dentro del radicado 29822 del 2 de octubre de 2017 y señaló que conforme al periodo en que el actor estuvo designado como presidente de la organización sindical se debía dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 406 a 407 del Código Sustantivo del Trabajo y con fundamento en ellos, encontró que el actor fue designado el 2 de septiembre de 2017 como presidente de la organización lo que fue notificado al empleador y 3 de marzo de 2019 le informó a la demandada la elección de la nueva junta directiva, mediante comunicación que suscribió el mismo demandante y el 5 de septiembre de 2019 se modificó nuevamente la junta directiva de la seccional donde el demandante no fue incluido dentro de los 5 principales ni los 5 suplentes. Manifestó que el presidente es elegido por el periodo de un año conforme a los estatutos a partir del 2 de septiembre de 2017 y la última designación fue el 1º de marzo de 2019, es decir, que el último periodo fue de 6 meses, por lo que no cumplió el periodo establecido en los estatutos y por ese motivo la extensión de la garantía foral no era por 6 meses sino por el término de 3 meses, término que ya había transcurrido para el momento del despido, razón por la que absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de inexistencia de fuero sindical e inexistencia de la obligación de reintegro, sin condenar en costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**La parte demandante.**- Interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que el trabajador inició como presidente del sindicato el 2 de septiembre de 2017 y si bien es cierto venían haciéndose cambios de la junta directiva cada 6 meses, el actor estuvo en el cargo

conforme a los estatutos que estaban vigentes y seguía siendo presidente de la seccional hasta el 2 de septiembre de 2019 donde efectivamente salió de la junta directiva, por lo que tenía la calidad de presidente del sindicato durante ese periodo y tenía la estabilidad del fuero sindical. Que la organización ha sido objeto de persecución e intimidación por parte del Banco y durante los años 2019 a 2021 se han tramitado más de 10 demandas de reintegro por fuero sindical, por lo que solicita se revoque la sentencia y se ordene el reintegro del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir, así como las demás acreencias laborales a que tenga derecho.

### **CONSIDERACIONES**

Precisa la Sala que el problema jurídico a resolver en este caso consiste en determinar si el demandante se encontraba amparado por la garantía foral para el momento del despido y en tal caso establecer si es procedente el reintegro solicitado junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir desde el despido hasta la fecha del reintegro, toda vez que en el presente asunto no ha sido objeto de controversia entre las partes la fecha en que terminó la relación laboral, lo que ha sido aceptado por la demandada quien allegó la comunicación de terminación del contrato laboral el día 7 de febrero de 2020 (fl. 6 de las pruebas de la parte demandada).

El fuero sindical protege a los directivos de un sindicato de ser despedidos sin la previa intervención de un juez laboral o de ser trasladados de lugar de trabajo, por lo que en estos casos solo está permitido el despido con una justa causa previa validación de la autoridad judicial competente.

El fuero sindical es un derecho considerado por la misma Constitución Política en su artículo 39 donde establece que «Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.», esto es, que protege el derecho de los trabajadores a constituir y pertenecer a un sindicato.

Ahora en cuanto a la estabilidad laboral reforzada por el fuero sindical, se protege el derecho del trabajador a no ser despedido, a no ser trasladado y a que sus condiciones laborales no le sean desmejoradas, como consecuencia y en respuesta a su actividad sindical, como lo señala el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, que tiene como finalidad proteger al trabajador de las posibles represalias de su empleador debido a las actividades realizadas por los trabajadores sindicalizados.

Conforme al artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo los trabajadores que están cobijados y protegidos por el fuero sindical, y son los siguientes:

- *Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses.*
- *Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.*
- *Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.*
- *Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos.*

Por su parte el artículo 407 del C.S.T., dispone lo siguiente:

*1. Cuando la directiva se componga de más de cinco (5) principales y más de cinco (5) suplentes, el amparo solo se extiende a los cinco (5) primeros principales y a los cinco (5) primeros suplentes que figuren en la lista que el sindicato pase al empleador.*

***2. La designación de toda junta directiva o cualquier cambio que ocurra en su composición debe notificarse al empleador en la forma prevista en los artículos 363 y 371. En caso de cambio, el antiguo miembro continúa gozando del fuero durante los tres (3) meses subsiguientes, a menos que la sustitución se produzca por renuncia voluntaria del cargo sindical antes de vencerse la mitad del periodo estatutario o por sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, en cuyos casos el fuero cesa ipso facto para el sustituido. (negrillas fuera de texto)***

*3. En los casos de fusión de dos o más organizaciones sindicales, siguen gozando de fuero los anteriores directores que no queden incorporados en la Junta Directiva renovada con motivo de la fusión, hasta tres (3) meses después de que ésta se realice.*

Conforme a las normas anteriores, se puede establecer que existen dos periodos diferentes durante los cuales quienes han sido miembros de la Junta Directiva del sindicato cuentan con la garantía foral; en el primer caso por el periodo que dura el mandato y seis meses más y en el segundo caso que se presenta cuando ocurre un cambio en la junta directiva el antiguo miembro continúa disfrutando del fuero sindical durante los 3 meses siguientes.

Así las cosas, se pasa a verificar el periodo para el cual son elegidos los miembros de la Junta Directiva de la organización sindical, que se establece el parágrafo 2º del artículo 16 de los Estatutos del Sindicato Nacional de Empleados Bancarios y del Sector Financiero – SINAEBYF, donde se indica que serían elegidos por un periodo de un año. (documento aportado por ambas partes)

A folio 32 a 34 de las pruebas aportadas por la demandada se tiene que fue comunicado a la entidad bancaria que el actor había sido designado presidente y dicho acto de la asamblea se registró el 4 de septiembre de 2017.

A folio 16 de las mismas pruebas se observa la inscripción de la Junta Directiva del Sindicato de fecha 5 de marzo de 2018 donde aparece como presidente de la Seccional el señor Yimi A. Arguello Gutiérrez, hoy demandante.

La organización sindical comunicó a la empleadora el 3 de septiembre de 2018 la modificación a la Junta Directiva Seccional donde el demandante había sido elegido presidente en asamblea del 31 de agosto de 2018, lo que fue registrado ante el Ministerio del Trabajo el 4 de septiembre de 2018 (fl. 36 a 38) de la demanda.

El 3 de marzo de 2019 la organización sindical comunicó a la empleadora que en asamblea del 1º de marzo de 2019 se designó nueva junta directiva, documento que suscribe el demandante como presidente. (fl. 20 pruebas de la parte demandada)

Por último, el 2 de septiembre de 2019 el accionante suscribe nuevamente como presidente de la Seccional la comunicación a la entidad bancaria informando la elección de la junta directiva en asamblea del 31 de agosto de 2019 (fl.39 de la demanda y 21 de pruebas de la demandada); y en la inscripción ante el Ministerio del Trabajo de fecha 5 de septiembre del mismo año aparece la inscripción como presidente de la Seccional al señor JORGE ELIECER ZAPATA BELTRÁN. (fl.23 pruebas parte demandada) y figura el demandante en las secretarías, pero no dentro de los directivos principales ni suplentes de la junta.

De los documentos mencionados se puede concluir que la organización sindical había hecho varios cambios a la Junta Directiva y que el actor había sido designado presidente de la Seccional en varias oportunidades, siendo la última designación el 3 de marzo de 2019 conforme al documento que el mismo demandante suscribió. (fl.20 anexo pruebas demandada)

En consecuencia, la última designación tuvo duración entre el 3 de marzo de 2019 y el 31 de agosto de 2019 toda vez que acorde con la inscripción ante el Ministerio del Trabajo, el 5 de septiembre fue inscrito como presidente el señor Zapata Beltrán y por lo tanto en esta oportunidad estuvo como presidente por un periodo de seis meses.

Por lo anterior, como en el párrafo segundo del artículo 16 de los estatutos se encuentra establecido que la designación de miembros de la Junta Directiva será por periodos de un (1) año sin que se demostrara en el proceso que existió una modificación a los estatutos de la organización sindical y el actor en la última oportunidad en que fue designado como presidente solo estuvo en el cargo por seis meses (1-03-19 al 31-08-19), se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 407 del C.S.T., esto es, que gozaba de fuero sindical por 3 meses siguientes a la sustitución o designación del nuevo presidente, lo que sucedió en asamblea del 31 de agosto de 2019, por lo que para la fecha del despido el 7 de febrero de 2020, ya no gozaba del fuero sindical.

Por otra parte, conforme al registro ante el Ministerio del Trabajo de fecha 5 de septiembre de 2019, es claro que el actor no fue incluido dentro de los cinco principales ni los cinco suplentes y tampoco hacía parte de comité seccional ni de la comisión estatutaria de reclamos, por lo que no contaba con estabilidad laboral por fuero sindical y en cuanto a la persecución al sindicato no puede ser objeto de estudio en esta instancia toda vez que no se controvertió en el proceso.

Por lo expuesto, ha de confirmarse en todas sus partes la sentencia recurrida.

### **COSTAS**

Se confirma la decisión de primera instancia. Se condene en costas de esta instancia a la parte actora. Se fijan como agencias en derecho la suma de Quinientos Mil pesos M/l. (\$500.000).

### **DECISIÓN**

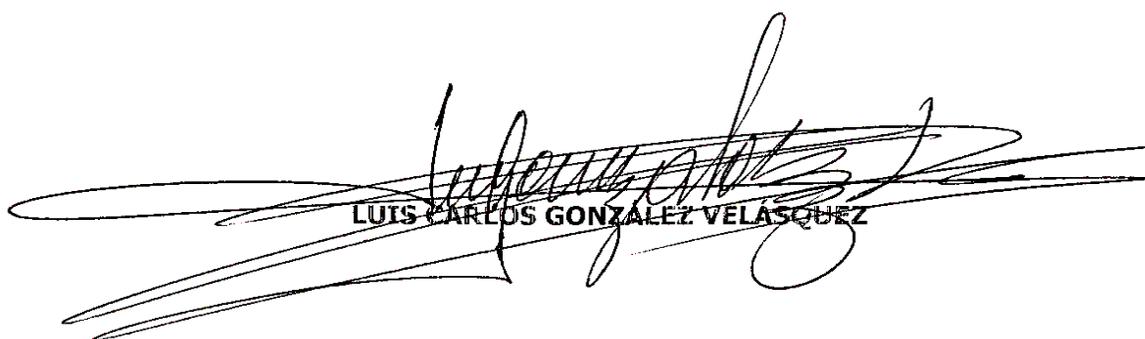
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de agosto de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Se confirma la decisión de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora. Se fijan como agencias en derecho la suma de Quinientos Mil pesos M/L (\$500.000).

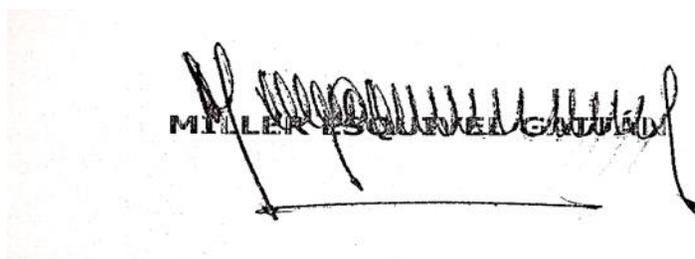
**Notifíquese y cúmplase**



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**



MILLER ESQUIVEL GUTIÉRREZ