

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

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

**PROCESO ORDINARIO DE JANETH ROCIO FERNÁNDEZ LEAL CONTRA ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS COLOMBIA S.A.S. y JOHNSON & JOHNSON COLOMBIA S.A. RAD. 2018 00149 01 JUZ. 19.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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**

**JANETH ROCIO FERNÁNDEZ LEAL** demandó **ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS COLOMBIA S.A.S. y JOHNSON & JOHNSON COLOMBIA S.A** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 6 a 7.

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Pago de perjuicios por \$38.035.464.04, por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa atribuible al empleador.
- Salarios.
- Reintegro.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 6. El 9 de septiembre de 2013, se vinculó a la entidad Jonhson & Jonhson S.A., en su condición de profesional en bacteriología mediante contrato de trabajo a término indefinido. Desempeñó el cargo de especialista de laboratorio. El salario devengado ascendía a la suma de \$3.113.542. Después de prestar sus servicios de forma permanente y continua durante 3 años, Johnson & Johnson, decidió finalizar el vínculo laboral a través de un convenio para la cesión de contrato de trabajo que fue celebrado con Ortho Clinical Diagnostics Colombia S.A.S. su nuevo contrato adolece de la solemnidad que debe tener todo acto jurídico. A partir del 1º de enero de 2017, comenzó a laborar para la nueva entidad, en la cual ocupó el cargo de bacterióloga en el área de laboratorio. El 5 de abril de ese año se le comunicó de la terminación del contrato laboral de manera unilateral y sin justa causa.

**Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, los demandados contestaron de la siguiente manera:

**ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS COLOMBIA S.A.S.**, contestó en los términos del escrito visible a folios 60 a 71.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el vínculo laboral, el cargo desempeñado, la cesión del contrato de trabajo y la terminación del contrato unilateralmente y sin justa causa.
- Formulo como excepciones de mérito; actuación conforme a derecho, actuación indebida del demandante, inexistencia de obligaciones, cobro de lo no debido, correcto pago de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa, ausencia de supuestos fácticos

para la configuración de perjuicios adicionales a la demandante, y que el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan las pretensiones.

- Propuso como excepciones subsidiarias; compensación y enriquecimiento sin justa causa.

**JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S.A.**, contestó en los términos del escrito visible en el CD del folio 142.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el vínculo laboral y la cesión del contrato de trabajo.
- Formulo como excepción previa; prescripción.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de solidaridad, improcedencia de reintegro y buena fe.

### **Sentencia de primera instancia**

Mediante auto del 17 de marzo de 2021, y en cumplimiento del acuerdo PCSA 20-11686 y CSJ BTA 20-109, se avocó el conocimiento del proceso por parte del Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá y mediante sentencia de fondo, dispuso declarar la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y Ortho Clinical Diagnostics Colombia S.A.S., desde el 9 de septiembre de 2016 hasta el 5 de abril de 2017, en el cargo de especialista de laboratorio, con un salario final equivalente a \$3.175.810, el cual feneció de manera unilateral y sin justa causa. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al advertir que Ortho Clinical S.A.S., cumplió con el pago de la indemnización por despido sin justa causa estipulado en el artículo 64 del C.S.T., la demandada demostró que no quedó en mora con la trabajadora por concepto de salarios o demás acreencias laborales. La juez determinó que la cesión del contrato celebrado entre las convocadas y la accionante, fue un acto jurídico eficaz que se suscribió con el consentimiento libre de la demandante en su momento. Respecto al reintegro reclamado, adujo que la actora no cumplió con la carga de demostrar que ostentaba alguna condición especial contemplada en la Ley para que el mismo procediera, y tampoco acreditó perjuicio adicional ocasionado en razón a la terminación del vínculo laboral por parte del empleador.

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

**Parte demandante,** guardó silencio.

### **Parte demandada,**

**JOHNSON & JOHNSON**, indicó que la demandante se limitó a solicitar el reintegro a la empresa al mismo cargo y bajo las mismas condiciones laborales, sin si quiera probar cual era la justificación para que procediera tal petición, tampoco probó la existencia de algún perjuicio, como quiera que el finiquito laboral se hizo conforme a la Ley.

**ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS COLOMBIA S.A.S.**, en sus alegaciones resaltó que la única relación laboral que existió entre la demandante y Ortho fue del 09 de septiembre de 2013 a 31 de diciembre de 2016 la cual finalizó debido a la terminación del convenio cesión del contrato de trabajo de forma libre y voluntaria FERNÁNDEZ LEAL, en el que se pactó que la ex trabajadora prestaría sus servicios para la codemandada quien era cesionaria y no un nuevo empleador como erradamente lo afirma la actora, la empresa canceló todas las acreencias laborales a las que tenía derecho al momento de la liquidación. Hizo énfasis en que en ningún momento existió una nueva vinculación, ya que lo ocurrido obedeció a una cesión la que se encontró ajustada a derecho.

## 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.

### **Contrato de trabajo y su cesión.**

La demandante aduce que Johnson & Johnson finalizó su vínculo laboral a través de un convenio en el que cedió el contrato de trabajo con Ortho Clinical Diagnostics Colombia S.A.S., el cual considera adolece de la solemnidad que debe tener todo acto jurídico. Frente a la cesión del contrato de trabajo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 3001 de 2020, sobre el tema precisó;

*"El Código Sustantivo del Trabajo no regula la cesión de los contratos de trabajo celebrada entre empresarios, lo que a su vez lleva a cuestionarse si la intención del legislador fue prohibirla o se trató de una situación no prevista.*

*(...)*

*Por tanto, para que este tipo de acuerdos laborales produzca efectos jurídicos, es indispensable que posean **una estructura triangular en la cual concurre la voluntad de los empleadores y de los trabajadores concernidos**. Lo anterior, igualmente se justifica debido a que la relación de trabajo es bilateral e intuitu personae de la cual surgen mutuamente derechos y obligaciones, de manera que el trabajador también guarda un especial interés en conocer las características y condiciones de su nuevo empleador, sobre todo en aquellos escenarios en los que la subrogación de la posición empresarial pueda constituir un riesgo para el cumplimiento de las obligaciones laborales.*

*Aunque se trate de aspectos ínsitos o sobreentendidos de este tipo de acuerdos, no sobra mencionar que además del consentimiento expreso e inequívoco del trabajador en la cesión del contrato de trabajo, es indispensable que (i) no se menoscaben o desmejoren derechos (art. 53 CP, inc. final); (ii) el nuevo empleador sea un verdadero empresario que cuente con una estructura y organización productiva propia, es decir, con medios, personal y recursos suficientes para producir bienes y servicios, y (iii) que los trabajadores se encuentren bajo su ámbito de organización y dirección"*

De lo anterior, se entiende que no existe objeción alguna en la celebración de cesiones de contrato en pro del desarrollo de la libre negociación empresarial con el pleno cumplimiento de las garantías laborales, que permitan al nuevo empleador brindar al trabajador seguridad y estabilidad en el empleo, y que tal acuerdo debe partir de dos supuestos principales; 1) la participación del trabajador en la cesión y 2) el consentimiento expreso e inequívoco, sin que se advierta que en el asunto se haya faltado a alguno de estos aspectos frente al cambio de empleador que tuvo la actora. Ahora, al verificar el material probatorio a fin de constatar si la demandante tiene derecho al pago de los pedimentos que eleva en la demanda, se cuenta con el título profesional de la actora (fl. 14), convenio para la cesión del contrato de trabajo (fls. 27 a 31 y 94 a 98), beneficios extralegales no salariales (fl. 32 a 33 y 99 a 100), carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 34), copia cedula de ciudadanía (fl. 37), contrato de trabajo de confianza y manejo a término indefinido (fls. 72 a 75), listado de políticas corporativas de Jonhson & Jonhson (fl. 76), certificado de política de conducta para la prevención de accidentes (fl. 77), auxilios de rodamiento (fl. 79), instructivo de entrenamiento en E-university (fl. 84), carta de conflictos (92 a 93), desprendibles de nómina (fls. 101 a 103), certificado de aportes (fls.104 a 105), carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 5 de abril de 2017 (fl. 106), certificación laboral (fl. 110), carta Fondo Nacional del Ahorro para el pago de cesantías (fl. 111) y liquidación de acreencias laborales (fl.112).

Del interrogatorio de parte de la **representante legal de Johnson & Johnson Colombia S.A.**, se precisó que la compañía vinculó a todos sus trabajadores mediante contrato de trabajo, el contrato de la actora fue cedido a Ortho Clinical Diagnostics con fecha efectiva 31 de diciembre de 2016. La cesión se hizo mediante documento, el cual fue aceptado por Janeth Roció quien no expuso objeción alguna ni elevó ningún tipo de reclamación al mismo. Reitera que como en el presente caso existió una cesión de contrato no procedía el pago de prestaciones porque no fue liquidado sino cedido. Desconoce la función y el salario de la ex trabajadora en Johnson & Johnson. Indica que la empresa siempre pagó los aportes a seguridad social y de acuerdo con el proceder de Johnson & Johnson todas las prestaciones de ley también fueron debidamente canceladas. Solo tiene conocimiento de que la demandante prestó servicios en el área de diagnóstico.

El **representante legal de Ortho Clinical Diagnostics Colombia S.A.S., en su interrogatorio** señaló que el vínculo laboral de la actora con la empresa transcurrió a partir del 1° de enero de 2017 y finalizó el 5 de abril de ese año. El cargo que desempeñaba era de especialista de laboratorio. El salario que devengó cuando se realizó la cesión del contrato fue de \$3.113.542 y cuando se desvinculó ascendía a la suma de \$3.175.810. afirma que Ortho Clinical está ubicada en la ciudad de Bogotá en el edificio Navos (carrera 9 #101-67 oficina 502). La compañía nunca ha sido propiedad de Johnson & Johnson. A la actora se le cancelaron todas las acreencias laborales al momento de la finalización del contrato y a su vez se le pagaron los salarios de acuerdo a la liquidación entregada a la demandante. La terminación fue sin justa causa, porque la compañía decidió prescindir de los servicios de la demandante. La indemnización por despido sin justa causa fue debidamente cancelada. No recuerda el medio de pago por el cual se le canceló la indemnización, pero cree que fue por transferencia electrónica. En el momento de cesión del contrato estaba presente la actora y todos los trabajadores de la empresa Johnson & Johnson, ellos tenían conocimiento de que serían transferidos a Ortho Clinical, mediante reuniones que eran convocadas por el anterior empleador.

**La demandante en su interrogatorio de parte**, dijo que desempeñó el cargo de especialista de aplicaciones en Johnson & Johnson, su labor consistía en hacer todo el soporte científico y técnico a todos los clientes donde estuvieran los equipos de Ortho Clinical Colombia. Manifiesta que estuvo presente en la cesión del convenio que se celebró y no fue coaccionada u obligada a firmar dicho acuerdo. En Ortho Clinical realizaba el soporte técnico científico de todos los datos de los equipos que estaban en los laboratorios, tenía a cargo el área de inmunología, química clínica, además estaba al frente del soporte de los nuevos reactivos y productos, verificando el cumplimiento de los requisitos del Invima, daba el entrenamiento a las bacteriólogas y personal que manipulaba los equipos, trabajaba directamente con los ingenieros biomédicos y realizaba el control de calidad de las pruebas remitidas a la Secretaría de Salud. Preciso que cuando le comunicaron acerca de la terminación del contrato de trabajo, la empresa manifestó que no necesitaba más de sus servicios, porque ya no le requerían en su equipo de especialistas. Recibió el pago de las acreencias laborales y le consignaron la suma de \$17.494.335 por concepto de liquidación a través de transferencia electrónica. No presentó reclamación a Johnson & Johnson en razón a los emolumentos que le venían cancelando, Johnson & Johnson le pagó a satisfacción todos los salarios. Conoció el contenido completo de la cesión a la cual no formuló objeción o inconformidad alguna.

El testigo **DAVID QUIROZ** (empleado del área jurídica de Johnson & Johnson). Informa que conoce de una cesión que se suscribió entre los representantes legales de las aquí demandadas y Janeth Roció Fernández. No conoció de ninguna queja o reclamación de la actora, señaló que a todos los trabajadores se les puso en conocimiento bajo qué condiciones se realizaría la cesión. La demandante no fue coaccionada bajo ninguna circunstancia al suscribir el convenio. La ex trabajadora fue transferida a Ortho Clinical Diagnostics exactamente en los términos descritos en la cesión pactada. Desempeñaba el cargo de especialista de laboratorio en Johnson & Johnson, ubicado en la unidad de diagnóstico y entre sus funciones tenía que visitar clientes de la empresa.

Conforme lo anterior, al revisar las pruebas en conjunto, así como el convenio para la cesión de contrato de trabajo celebrado entre JONHSON & JONHSON DE COLOMBIA S.A. y ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS COLOMBIA S.A.S. (fls. 27 a 31) y el interrogatorio rendido por la demandante, encuentra La Sala que el mismo fue un acto jurídico plenamente válido y eficaz bajo el cumplimiento de los dos parámetros principales enunciados en líneas precedentes, como quiera que se verificó la participación activa de la trabajadora en la suscripción del acuerdo de cesión y el consentimiento expresado de forma libre y voluntaria, lo que permite concluir que el empleador de la demandante para todos los efectos legales es la sociedad Ortho Clinical Diagnostics S.A.S. Respecto a la existencia del contrato de trabajo, conforme la documental que milita a folios 72 a 75, no cabe duda del vínculo laboral que existió en un principio fue con la empresa Jonhson & Jonhson S.A., a partir del 9 de septiembre de 2013, para desempeñar el cargo de especialista de laboratorio, con un salario inicial de \$2.689.000. Frente al extremo final, se evidencia que fue aceptado por la parte actora y en la contestación de la demanda de Ortho Clinical S.A.S., que la relación laboral se dio por terminada de forma unilateral y sin justa causa, el 5 de abril de 2017, circunstancia que se corrobora con la liquidación de prestaciones sociales obrante a folio 112. Así las cosas y conforme con las pruebas referidas, es claro que entre la demandante Janeth Rocío Fernández Leal y Ortho Clinical Diagnostics S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual tuvo su génesis desde el 9 de septiembre de 2016 y se mantuvo vigente hasta el 5 de abril de 2017.

#### **Indemnización por despido sin justa causa.**

En lo que tiene que ver con la indemnización por despido sin justa causa reclamada y el pago de daños y perjuicios con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, es de recordar que el vínculo laboral puede darse por terminado en cualquier momento, ya sea en virtud de las causas legales establecidas en el artículo 61 del C.S.T., las específicas denominadas justas causas, reguladas por el artículo 62 de la misma obra, y en un último término por decisión unilateral de alguna de las partes sin que medie ninguna causa legal, lo que trae consigo el pago de la indemnización de perjuicios tarifada en el art. 64 *ibidem* en consecuencia de la aplicación de la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado. En ese orden, y al verificar si tal indemnización fue efectivamente cancelada por la empresa Ortho Clinical Diagnostics S.A.S., se tiene de la liquidación de prestaciones sociales allegada al plenario (fls. 112 a 113) y del interrogatorio de la demandante, que tal concepto fue debidamente cancelado, pues la actora afirmó que se le pago la suma de \$17.494.335 mediante transferencia electrónica al momento de la finalización del contrato, por tanto, la pasiva no adeuda suma alguna por este concepto y se demostró el pago efectivo del mismo.

De otra parte, La Sala precisa que en el asunto no hay otro perjuicio adicional por cancelar, pues en el proceso además del ya analizado, no obra prueba siquiera sumaria que acredite la existencia de otro quebranto pendiente de ser reparado. En consecuencia, el perjuicio que se reclama por la suma de \$38.035.464.04, por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa atribuible al empleador, no está llamado a prosperar, pues como ya se indicó esa situación fue debidamente cancelada por la demandada. En lo que tiene que ver con el reintegro y el pago de prestaciones sociales, se advierte que la demandante en el trámite del proceso no demostró circunstancia alguna que permita colegir que la misma es una persona con una condición especial, o que cuenta con alguna estabilidad para que proceda el restablecimiento de la relación laboral, por lo que, en virtud de tal ausencia probatoria, resulta a todas luces improcedente tanto el reintegro como la consecuente condena de acreencias labores.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia consultada.

**COSTAS:** Las de primera instancia 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 en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de abril de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

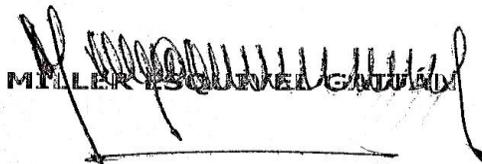
### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAVIRIA

**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 MARGOTH GARZÓN HERNÁNDEZ  
CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. Rad.  
2018 – 00210 - 01 Juz. 12.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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**

**MARGOTH GARZÓN HERNÁNDEZ** demandó a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 1 y 2 del expediente.

- Existencia de relación laboral a término indefinido.
- Contrato realidad.
- Terminación del contrato sin justa causa.
- Prestaciones sociales.
- Sanción por no consignación de cesantías.
- Indemnización moratoria por no pago de intereses a las cesantías.
- Vacaciones.
- Aportes a seguridad social.
- Primas extralegales y dotación.
- Indemnización moratoria Art. 65 C.S.T.
- Indemnización por daños y perjuicios.
- Devolución de lo descontado por rete fuente y rete ICA.
- Indexación.

- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 4 del expediente. Se vinculó al Hospital de Meissen II Nivel E.S.E. desde el 1 de julio de 2006 hasta el 31 de julio de 2016, su cargo era auxiliar de nutrición. Trabajó en turnos rotativos de lunes a domingo (a excepción de los martes) de 6 AM – 1 PM o de 1 PM – 7 PM y los días martes de 6 AM a 6 PM. Fue vinculada mediante un “*contrato de arrendamiento de servicios profesionales*” sin embargo, cumplía un horario, estaba subordinada y percibía un salario de \$886.000. El tipo de contrato mencionado se renovó constantemente hasta el 20 de julio de 2016, momento en que fue despedida sin justa causa. El 31 de marzo de 2014, sufrió un accidente laboral no reportado a la ARL, el cual fue tratado por la demandada directamente, el 8 de abril de 2014 le fueron emitidas recomendaciones médico laborales que no se acataron. En la vigencia de la relación laboral nunca le fue reconocida ninguna prestación, tampoco tuvo periodo de vacaciones, además, le fue descontado de su salario sumas por retención en la fuente y rete ICA. El 28 de marzo de 2017, presentó reclamación por escrito para obtener el pago de sus prestaciones, la demandada se pronunció el 28 de abril de ese año y allí manifestó que el tipo de contrato suscrito entre las partes no generó pagos de prestaciones sociales. Dijo que la labor desempeñada permitía el buen funcionamiento del establecimiento hospitalario, y al causarse el despido en razón a su situación de salud le fueron desconocidos sus derechos fundamentales y se le causo un perjuicio moral irremediable.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del circuito de Bogotá mediante auto del 19 de abril de 2018 (fl. 203) y corrido el traslado, la accionada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** contestó en los términos del escrito visible a folios 206 a 214 del expediente, sin embargo, mediante auto del 9 de agosto de 2018 (Fl. 214) el que fue recurrido y confirmado en proveído del 26 de septiembre de ese año (Fl. 222) se tuvo por no contestada la demanda.

El 14 de marzo de 2019 (cd fl. 223) se estudió la excepción previa denominada falta de jurisdicción y competencia por los factores subjetivo y funcional y se declaró probada, por lo que el proceso fue remitido al Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Bogotá, quien propuso el 10 de octubre de 2019 (Fls. 242 a 247) un conflicto

negativo de competencia, el que fue resuelto mediante providencia del 3 de junio de 2020 (Fls. 11 a 24 cuaderno 2) por parte de la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de La Judicatura, en la que se determinó que el conocimiento del asunto correspondía al Juzgado Doce Laboral.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Doce Laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 15 de abril de 2021 en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones y declaró probada la excepción propuesta de inexistencia del derecho y de la obligación. Llegó a esta determinación luego de corroborar que las actividades desempeñadas por GARZÓN HERNÁNDEZ no están enmarcadas como labores de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, para catalogarla como trabajadora oficial, por lo que indicó que si bien existió una prestación personal del servicio y los contratos fueron suscritos de manera sucesiva, ello no era suficiente para declarar la relación laboral pretendida.

### **Recurso de Apelación**

La apoderada de la parte demandante argumentó que el cargo desempeñado por Garzón Hernández, las funciones mencionadas por los testigos y de lo dicho por la demandante en su interrogatorio, se colige que sus funciones son propias de un servicio doméstico o de apoyo a la entidad, además, se tiene con los soportes de cuenta que por sus actividades se le pagaba un salario mensual, ella recibía órdenes y cumplía un horario, parámetros que constituyen los elementos de un contrato de trabajo. Considera que las prestaciones tales como el pago de los aportes a seguridad social y las indemnizaciones solicitadas son procedentes.

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

La demandante reiteró lo manifestado en cada una de las etapas procesales desarrolladas, la demandada guardó silencio.

## CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver 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 sí la demandante ostenta la calidad de trabajadora oficial para que de esta manera proceda el estudio de las demás pretensiones.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documental de los folios 176 a 178 y la respuesta a folios 179 a 183, en la que la accionada contestó cada una de las peticiones elevadas por la actora respecto a su salario, vinculación y pago de prestaciones sociales, con lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Existencia de la Relación Laboral**

En el caso si bien no se discute que entre las partes existió un vínculo contractual donde la actora prestó sus servicios personalmente a la demandada, ni los extremos de este, procede La Sala a determinar la naturaleza de esa relación, y sí se cumple con las exigencias de un verdadero contrato de trabajo, para estos efectos se recuerda a la demandante que de conformidad con el art. 167 del C.G.P., a ella le incumbe demostrar los elementos propios del contrato a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, en cuanto a la 1) Actividad personal del trabajador, 2) Su dependencia con el empleador o subordinación y 3) Un salario como retribución del servicio. Una vez reunidos estos tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le asigne ni por las condiciones determinadas por el patrono (como las modalidades de la labor o el tiempo de la ejecución de la actividad contratada), en concordancia con lo dispuesto en el Art. 53 constitucional. Igualmente es de precisar que corresponde a la actora demostrar que **ostentó la calidad de trabadora oficial** al servicio del hospital demandado, en consonancia con la competencia asignada en el numeral 1 del art. 2 del C.P.T. y S.S. Previo a continuar con el análisis de la existencia de la relación de trabajo, lo primero que se debe determinar es la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, así el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, expresamente señala:

**"ART. 194.- La prestación de servicios de salud en forma territorial por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo."** (negrita fuera de texto)

Y en torno al régimen jurídico de éstas empresas, el artículo 195 de la misma Ley 100, dispuso:

**"ART. 195.- Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:**

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. **Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.**
9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos" (subrayado y negrilla fuera de texto).

A su turno la Ley 10 de 1990, en su art. 26 al clasificar los empleos de quienes hacen parte del servicio público de salud, determinó en el párrafo que:

**"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo. (Negrita fuera de texto)**

También la SL CSJ, sobre este tema en radicado No 36.668 del 29 de junio de 2011, Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, analizó que solo es posible catalogar a un servidor público de una ESE como trabajador oficial cuando se demuestre que su labor está relacionada con actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, en esta sentencia se indicó que:

*"Al paso de tales premisas, el mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.*

*Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.*

*Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de fijar su posición sobre el entendimiento de actividades de servicios generales. Así, en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22.324, adoctrinó:*

*"...los 'servicios generales' dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran".*

*Y, en sentencia del 13 de octubre de 2004 (Rad. 22.858), asentó: "...dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación, mas no las que correspondan a servicios médicos y paramédicos".*

Para establecer o descartar las pretensiones de la demanda la actora allegó las siguientes documentales: certificación orden o contrato de prestación de servicios del 16 de marzo de 2017, donde se reporta cada uno de los contratos que tuvo la demandante, el cargo, la asignación mensual y la unidad donde prestó sus servicios (Fls. 22 a 24), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-436-2006 suscrito entre las partes con vigencia del 1 al 30 de julio de 2006 (Fls. 25 y 26), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-587-2006 suscrito entre las partes con vigencia del 1 de agosto al 30 de octubre de 2006 junto con 6 actas de adición al mismo, una de ellas prorrogándolo hasta el 1 de enero de 2007 (Fls. 27 a 34), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-130-2007 suscrito entre las partes con vigencia del 2 de enero al 30 de marzo de 2007 (Fls. 35 y 36), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-379-2007 con vigencia del 1 de abril al 30 de junio de 2007 (Fls. 37 y 38), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-617-2007 suscrito entre las

partes con vigencia del 1 de julio al 30 de septiembre de 2007 junto con 5 actas de adición, una de ellas prorrogándolo hasta el 2 de enero de 2008 (Fls. 39 a 45), copia del contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-134-2008 suscrito entre las partes con vigencia del 3 de enero al 31 de marzo de 2008 (Fls. 46 y 47), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-359-2008 suscrito entre las partes con vigencia 1 de abril al 30 de junio de 2008 (Fls. 48 y 49), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-594-2008 suscrito entre las partes con vigencia 1 de julio al 30 de septiembre de 2008 junto con 5 actas de adición, una de ellas prorrogándolo hasta el 1 de enero de 2009 (Fls. 50 a 56), copia del contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-121-2009 suscrito entre las partes con vigencia del 2 de enero al 31 de marzo de 2009 junto con 1 acta de adición al mismo donde se indican nuevas funciones y se aumenta el valor del contrato (Fls. 57 a 59), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-655-2009 suscrito entre las partes con vigencia del 1 de julio al 30 de septiembre de 2009 junto con 3 actas de adición al mismo, una de ellas prorrogándolo hasta el 3 de enero de 2010 (Fls. 60 a 64), 7 actas de adición al contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-162-2010 en las que se prórroga la vigencia del mismo, se adicionan funciones, se aumenta el valor del contrato y se ordena la suspensión de la ejecución de éste a partir del 3 de diciembre por 84 días por incapacidad médica (Fls. 65 a 73), copia del contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-314-2011 suscrito entre las partes con vigencia del 1 al 31 de marzo de 2011 (Fls. 75 y 75), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-487-2011 suscrito entre las partes con vigencia del 1 de abril al 30 de junio de 2011 (Fls. 76 y 77), copia contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-823-2011 suscrito entre las partes con vigencia del 1 de julio al 31 de julio de 2011 junto con 6 actas de adición en las que se prorroga el contrato hasta el 3 de enero de 2012 (Fls. 78 a 85), 3 actas de adición, copia del contrato de prestación de servicios No. A-139 de 2012 en la que se prorroga el contrato hasta el 30 de septiembre de 2012 (Fls. 86 a 88), copia contrato de prestación de servicios No. A-837 de 2012 suscrito entre las partes con vigencia del 1 al 31 de octubre de 2012 (Fls. 89 y 90), copia contrato de prestación de servicios No. 1305 de 2013 suscrito entre las partes con vigencia del 1 al 31 de mayo de 2013 (Fls. 91 y 92), copia contrato de prestación de servicios No. 1708 de 2013 suscrito entre las partes con vigencia del 1 al 31 de junio de 2013 (Fls. 93 y 94), copia contrato de prestación de servicios No. 2216 de 2013 con vigencia del 1 de agosto al 1 de septiembre de 2013 (Fls. 95 y 96), copia contrato de prestación de servicios No. 2613 de 2013 con vigencia del 2 al 30 de septiembre de 2013 (Fl. 97), copia contrato de prestación de servicios No. 3015 de 2013 suscrito

entre las partes con vigencia del 1 al 31 de octubre de 2013 (Fls. 98 y 99), copia contrato de prestación de servicios No. 3417 de 2013 suscrito entre las partes con vigencia 1 al 30 de noviembre de 2013 (Fls. 100 y 101), copia contrato de prestación de servicios No. 3796 de 2013 suscrito entre las partes con vigencia del 2 al 16 de diciembre de 2013 junto con 1 acta de adición en la que se adiciona el valor del contrato (Fls. 102 a 104), copia contrato de prestación de servicios No. 283 de 2014 suscrito entre las partes con vigencia del 2 al 31 de enero de 2014 (Fls. 105 y 106), copia contrato de prestación de servicios No. 1149 de 2014 con vigencia del 1 de mayo al 31 de julio de 2014 (Fls. 107 a 109), copia contrato de prestación de servicios No. 1422 de 2014 con vigencia del 1 al 15 de agosto de 2014 (Fls. 110 a 112), copia contrato de prestación de servicios No. 1753 de 2014 con vigencia del 1 al 30 de septiembre de 2014 (Fls. 113 a 115), copia contrato de prestación de servicios No. 1802 de 2014 con vigencia del 1 al 16 de octubre de 2014 junto con 2 actas de adición en las que se prorrogó su vigencia hasta el 5 de noviembre de 2014 (Fls. 116 a 120), copia contrato de prestación de servicios No. 2189 de 2014 suscrito entre las partes con vigencia del 6 al 30 de noviembre de 2014 (Fls. 121 a 123), copia contrato de prestación de servicios No. 2529 de 2014 con vigencia del 1 de diciembre de 2014 hasta el 4 de enero de 2015 (Fls. 124 a 126), copia contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes con vigencia del 5 de enero al 31 de marzo de 2015 (Fls. 127 y 128), copia contrato de prestación de servicios No. 466 de 2015 con vigencia del 1 de abril hasta el 30 de septiembre de 2015 (Fls. 129 a 131), copia contrato de prestación de servicios No. 1247 de 2015 suscrito entre las partes con vigencia del 1 al 31 de octubre de 2015 junto a 2 actas de adición que prorrogaron la vigencia hasta el 3 de enero de 2016 y aumentaron el valor del contrato (Fls. 132 a 136), copia contrato de prestación de servicios No. A0056 de 2016 con vigencia del 4 de enero al 30 de abril de 2016 junto con 3 otro sí de en los que se prorrogó la vigencia del contrato hasta el 31 de julio de 2016 y se aumentó el valor del mismo (Fls. 137 a 142), copia del documento de identificación de **GARZÓN HERNÁNDEZ** (Fl. 143), misión y visión del hospital de Meissen (Fl. 144 parte superior), copia del carnet de la trabajadora (Fl. 114 parte inferior), minuta de ingreso de personal de Sepecol Ltda. (Fls. 145 a 147), formato control arreglo de bodega de frutas, verduras y víveres mes de febrero de 2016 (Fl. 148), programación de actividades nutrición domingos fin de semana febrero – 2016 (Fl. 149), programación de actividades nutrición sábados fin de semana febrero – 2016 (Fl. 150), programación de actividades nutrición domingos fin de semana agosto – 2015 (Fl. 151), programación de actividades nutrición agosto – 2014 (Fl. 152 y 154), programación de actividades nutrición sábados fin de semana agosto – 2014 (Fl.

153), formato control arreglo de bodega de frutas, verduras y víveres mes de abril de 2015 (Fl. 155), formatos control arreglo y almacenamiento del mercado del 21 de enero y 18 de febrero de 2014 (Fls. 156 y 157), extractos de cuenta de ahorros del banco Davivienda de la actora correspondientes a diciembre, junio, mayo, abril y febrero de 2014, marzo de 2016, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre del 2012 (Fls. 158 a 168), certificado médico de manipulación de alimentos emitido por el departamento de salud ocupacional de la demandada el 31 de marzo de 2014 donde indica que la demandante requiere intervención y no debe realizar levantamiento de más de 10 kilos además de no efectuar movimientos repetitivos con el brazo izquierdo (Fl. 164), carta del 8 de abril de 2014 dirigida al área de talento humano del Hospital donde se refiere a los 4 trabajadores del área de nutrición que sufren inconvenientes osteomusculares (Fl. 170), carta del 3 de junio de 2015 emitida por talento humano y dirigida a la accionante en la que solicita inicie proceso ante EPS para calificación del origen de PCL (Fl. 171), exámenes de laboratorio de la actora del 21 de diciembre de 2015 (Fls 172 a 175), derecho de petición presentado por GARZÓN HERNÁNDEZ a través de apoderado judicial el 28 de marzo de 2017, ante la demandada donde reclama el pago de las prestaciones sociales (Fls. 176 a 178), respuesta a la petición donde el Hospital el 21 de abril de 2017 niegan la existencia de una relación laboral y causación y pago de prestaciones (Fls. 179 a 183), carta del Min. Trabajo del 25 de septiembre de 2015 donde se remiten copias de las convenciones colectivas celebradas entre SINTRASALUD D.C. – VARIOS HOSPITALES con el sello de depósito (Fl. 184) y copias de las mencionadas convenciones colectivas de trabajo (Fls. 185 a 201).

También se cuenta con el interrogatorio de parte de la actora **MARGOTH GARZÓN HERNÁNDEZ** quien refirió que era auxiliar de nutrición o auxiliar de dietas, su trabajo consistía en servir el desayuno a los pacientes y distribuirlo, revisar las listas de pacientes que el jefe le asignaba y los alimentos que podían consumir cada uno, después recoger la loza, desinfectarla, ayudar a pre alistar la comida para los pacientes, también debían arreglar las neveras, organizar las bodegas y el Fruver, dijo que existía un formato donde se indicaba si se hacía cada labor y el jefe verificaba el cumplimiento, hasta que no se efectuaran todas ella no podía salir. La demandada era quien organizaba las listas de las dietas y las jefes asignaban a cada auxiliar la lista de un piso del Hospital (eran 6 pisos), dijo que sus contratos estaban sujetos al pago de salud y pensión que asumían y cancelación del salario por parte del hospital se consignaba a una cuenta bancaria. Refirió que la Dra. Marlene Sierra era la supervisora de los contratos suscritos, sus horarios eran de 6 AM a 1 PM y de

1 PM a 7 PM, que al momento de ingresar un miembro de seguridad les hacía firmar una planilla y la hora de salida podía ser más tarde, hasta que no se terminara con las labores asignadas. Dijo que presentó reclamaciones verbales para el pago de sus prestaciones pero nunca le fueron reconocidas.

La testigo **AURA MARÍA BALLESTEROS DE SALAMANCA** (quien trabajó con la demandante como auxiliar de dietas entre 2012 y 2016) sostuvo que a GARZÓN HERNÁNDEZ le cancelaron el contrato en el 2015, refirió que tenían 2 horarios, el primero todos los días salvo el martes de 6 AM a 1 PM y los martes de 6 AM a 7 PM porque debían dejar todo pre alistado para procesar los alimentos, dijo que sus horarios eran fijos y no tenían opción de llegar a otra hora diferente, además que tenían jefes en cada área y ellos emitían órdenes a la demandante y a ella. El uniforme no se los daba el hospital pero tampoco permitían ingresar sin él a sus turnos, la demandante no podía faltar sin justificación, para no ir a trabajar se debía conseguir un reemplazo para el turno y solicitar un permiso ante la demandada. La actora durante la vigencia del contrato con el hospital sufrió de una hernia y se quemó la cara con una sopa caliente, refirió que ni la demandante ni ella recibían pagos por prestaciones sociales, sostuvo que el motivo de la terminación del contrato fue porque talento humano le había dado la indicación de que no podía hacer fuerza pero por sus labores diarias no la podía. GARZÓN HERNÁNDEZ presentó reclamación por sus acreencias laborales mientras seguía trabajando en el Hospital pero no fueron atendidas.

La testigo **VISITACIÓN CUBILLOS DE MARTINEZ** (auxiliar de dietas y asistente del chef en el Hospital Meissen), señaló que la auxiliar de dietas atiende pacientes mientras que la auxiliar de chef siempre está en la cocina. Ella se vinculó con la demandada entre el 2004 a septiembre de 2016, la demandante entre el 2006 a julio de 2016, las funciones de la actora eran llegar a alistar las comidas de las dietas de cada paciente en el desayuno, volver a la cocina y alistar las dietas del almuerzo, los horarios eran de 6 AM a 1 PM o de 1 PM a 7 PM y el martes se trabajaba de 6 AM a 7 PM o hasta que se terminara la labor del pre alistado del mercado para toda la semana, dijo que se debía cumplir de manera estricta el horario porque había que firmar una planilla y que tenían varios jefes que hacían cumplir los horarios. El hospital daba las pautas para cumplir las funciones encomendadas y se firmaba un formato si se cumplían dichas órdenes, había que pedir permisos y dejar a una persona de reemplazo para poderse ausentar del trabajo o doblarse de turno, los uniformes eran comprados por ellas y no podía cumplir sus funciones sin este. La

demandante en una ocasión se quemó la cara y fue tratada por la EPS, además tenía una hernia. Aseveró que no recibieron pagos de prestaciones, el contrato suscrito era de prestación de servicios, la actora prestó sus servicios sin interrupciones aunque los contratos a veces se demoraban en ser renovados. A GARZÓN HERNÁNDEZ le cancelaron el contrato porque había una jefe que le tenía una "persecución". No le consta si la actora presentó reclamación por prestaciones sociales y que los requisitos para que les pagaran su sueldo era tener al día los pagos de salud y pensión.

**CESAR AUGUSTO ÁVILA GÓMEZ en su testimonio** informó que fue chef en el Hospital desde el 1 de febrero de 2005 hasta el 30 de abril de 2012, conoció a la demandante en el año 2010 cuando era auxiliar de dietas, labor que consiste en organizar y distribuir las dietas de cada paciente del hospital según su patología, la nutricionista/dietista era la superior en la labor que hacía la actora, debía llegar a un horario estipulado al Hospital y alistar los alimentos e implementos para llevar las dietas a cada piso, los horarios de la demandante eran de 6 AM a 1 PM y de 1 PM a 7 PM y tenían que firmar hora de ingreso y de salida. No recibió pagos de prestaciones sociales por ser contrato de prestación de servicios, las órdenes eran emitidas y supervisadas por el Hospital. El testigo refirió que a su cargo estaba el pago de salud y pensión los cuales eran allegados al área de contratación para que les pagaran su salario. No sabe si la actora realizó reclamaciones por sus prestaciones sociales.

Dicho lo anterior a efectos de precisar la calidad en la que actuó la demandante al estar vinculada con el hospital (esto es, trabajador oficial o servidor público) y atendiendo los argumentos expuestos en el recurso donde refiere que sus funciones equivalen a las realizadas por una persona de servicios generales o servicio doméstico, ya que entre ellas debía limpiar utensilios de cocina y atender personal sirviendo sus alimentos (las dietas entregadas a los pacientes), lo primero que debe retomar la Sala es la naturaleza especial del HOSPITAL DE MEISSEN II NIVEL, ahora SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR, como Empresa Social del Estado, por lo que conforme el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, las personas que se encuentran vinculadas a las ESE son por regla general empleados públicos, y en virtud del artículo 195 *ibidem* solo serán trabajadores oficiales los que desempeñen las actividades enunciadas en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, esto es, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha

sido clara al señalar (sentencia SL 1334 de 2018), que la clasificación de los servidores públicos en trabajadores oficiales o empleados públicos es de reserva legal, por lo que las entidades no pueden allanarse o modificar la calidad del vínculo que ostentan sus servidores, pues es la Ley la que en definitiva determina la naturaleza del vínculo y no la voluntad de las partes.

Determinado lo anterior, colige La Sala que la demandante fue contratada para desempeñar el cargo de **auxiliar de nutrición o auxiliar de dietas**, quien según lo expuesto en su interrogatorio, ella se encargaba de ejecutar las siguientes funciones: A) Realizar las actividades determinadas por el chef de cocina de acuerdo al cronograma de servicio. B) Elaborar la decoración del plato para distribuir las dietas. C) Preparar el jugo para pacientes. D) Dejar limpia y ordenada el área de trabajo. E) Elaborar el menaje de elementos que utilice. F) Revisar la lista de solicitud de dietas. G) Elaborar lista de dietas por escrito. H) Distribuir dietas conforme a la lista por escrito. I) Vaciar los residuos sólidos y líquidos que dejen los pacientes. J) Lavar y desinfectar platos que menaje. K) Realizar el aseo de equipos del área de cocina periférica. L) Aplicar los conocimientos impartidos por la nutricionista dietista. M) Revisar el mercado. N) Realizar las demás actividades encomendadas por quien ejerce el control de ejecución de contrato conforme con el objeto. Funciones éstas que no se ajustan a las excepciones establecidas por la Ley (*mantenimiento de la planta física hospitalaria o servicios generales*), para ser considerada eventualmente como una trabajadora oficial; luego no es dable concluir que el vínculo que unió a las partes, estuvo regido por un contrato de trabajo tal como lo indicó el juez de instancia, nótese que si bien la demandante cumplía algunas labores de aseo de utensilios de cocina, su labor principal era seleccionar y distribuir los alimentos directamente a los pacientes, mas no prepararlos, por lo que no se puede catalogar que su cargo este inmerso en la categoría de servicios generales. En consecuencia, La Sala concluye que si bien se demostró la prestación personal del servicio por parte de GARZÓN HERNÁNDEZ, respecto del cual ella recibía una contraprestación económica por las labores realizadas, en el asunto dadas las funciones desplegadas no se puede hablar de la existencia de un vínculo de índole laboral, pues ni el cargo ni las actividades de la demandante resultan suficientes para colegir que ostentó la calidad de trabajadora oficial, y por esta razón el análisis de sus demás pedimentos no pueden ser objeto de pronunciamiento.

Suficientes resultan los argumentos expuestos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte **DEMANDANTE**, fíjense como agencias en derecho la suma de cuatrocientos mil pesos m/cte. (\$400.000).

## 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** la sentencia emitida el 15 de abril de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del circuito de Bogotá por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS:** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de cuatrocientos mil pesos m/cte. (\$400.000).

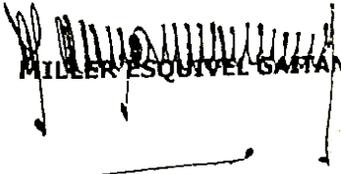
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAIFÁN

**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 RICARDO BRAVO RODRÍGUEZ  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP OLD MUTUAL Y PROTECCIÓN  
S.A. Rad. 2018 00473 01 Juz 28.**

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de diciembre 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**

RICARDO BRAVO RODRÍGUEZ demandó a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 5 y 6.

- Ineficacia 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.
- Actualización de la historia laboral.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 a 9. Se afilió al ISS el 26 de enero de 1989, donde cotizó un total de 455,14 semanas y permaneció allí hasta el 02 de octubre de 1997 cuando se trasladó a PROTECCIÓN S.A., momento en que no se le brindó información completa sobre las características del RAIS, se le dijo que el ISS

se acabaría y que en la AFP podría pensionarse a cualquier edad. El 29 de diciembre de 2013, se trasladó a OLD MUTUAL (quien es su actual administradora), persistiendo la falta de información suficiente que le permitiera entender las consecuencias de los traslados, en la actualidad cuenta con un total de 1486,86 semanas cotizadas al SGSS. El 16 de abril de 2018, solicitó a Protección y a Colpensiones la invalidación de la afiliación al RAIS, quienes no accedieron a lo pretendido.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiocho 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. 106 a 110.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al ISS, las semanas cotizadas al RPM, el traslado al RAIS y la solicitud de retorno al RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y genérica.

La **AFP OLD MUTUAL** contestó en los términos del escrito visible a fls.136 a 155.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó ser la actual administradora del actor.
- 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.

**PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 141 a 162.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado a esa AFP y la solicitud de invalidación de la afiliación al RAIS.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, genérica, aprovechamiento indebido, de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir.

**PORVENIR S.A.**, contestó en los términos del escrito visible en el CD que reposa a folio 220.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, 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 dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS de fecha 02 de octubre de 1997 por intermedio de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN., en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM administrado por COLPENSIONES. Condenó a Skandia a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor y a Colpensiones le ordenó reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral. Llegó a esa determinación al constatar que en el asunto no se probó que el demandante haya recibido información clara, precisa y detallada por parte de Davivir hoy Protección sobre las consecuencias de su traslado, situación que constituyó una omisión en el deber de información, como quiera que la entidad no aportó ningún documento que acreditará que tipo de información le suministró al actor al momento del cambio de régimen. Señaló que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, como quiera que la administradora debe garantizar el cumplimiento al deber de información desde el momento del traslado según lo ha expresado la SL CSJ y es por ello que la omisión en tal deber da lugar a la ineficacia del traslado de régimen pensional. Indicó que el formulario de afiliación ni los comunicados de prensa, son un medio de información idóneo, pues no acreditan que se le haya suministrado toda la información del traslado para que la decisión de cambio hubiese sido

realmente informada, sin que nada tenga que ver que al actor sea o no beneficiario del régimen de transición, dado que lo que se protege es la libre elección de régimen del afiliado, quien pretende estructurar su derecho pensional. Respecto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, la declaró no probada por cuanto la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen al estar estrechamente ligada con un derecho pensional, es imprescriptible.

### **Recurso de Apelación.**

La demandada **OLD MUTUAL**, dijo que el traslado de régimen del actor se realizó de manera libre y voluntaria tal como lo expresó en el interrogatorio de parte, señaló que la AFP no intervino en el traslado inicial y es por ello que no resulta procedente que deba asumir costos ajenos a su voluntad, aunado a que al momento del traslado horizontal cumplió con todas las obligaciones que le eran exigibles para la fecha de la afiliación a esa administradora, ya que le suministró al demandante toda la información necesaria para que tomara la decisión más conveniente según lo previsto en el Decreto 663/1993 ya que no debía documentar tal asesoría brindada, pues era obligación del actor indagar y solicitar información sobre su futuro pensional. Pide en caso de confirmarse la sentencia, se tenga en cuenta que la inconformidad del demandante respecto del RAIS es el valor de la mesada pensional, circunstancia que no es óbice para declarar la nulidad del traslado y considera 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 BRAVO RODRÍGUEZ.

La **AFP PORVENIR** no comparte la decisión del A quo, al considerar que el cambio de régimen fue con Protección y Porvenir no tuvo injerencia en el traslado de régimen pensional y pidió ser absuelta de la condena en costas dado que su actuar siempre estuvo revestido de buena fe.

**COLPENSIONES**, solicita se revoque el fallo, como quiera con el paso del tiempo se saneó cualquier nulidad, máxime cuando el acto no presentó ninguna inconformidad pues por el contrario al permanecer en el RAIS y a través de los traslados horizontales convalidó su decisión de cambio. Concluyó que al ordenar el retorno de BRAVO RODRÍGUEZ al RPM se afectaría el sistema general de pensiones

según lo señalado por SL CSJ en sentencia SL 373/2021, pide se de aplicación al principio de favorabilidad, por cuanto en el régimen de ahorro individual se causan rendimientos financieros que en el régimen de prima media no podría recibir.

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

**PARTE DEMANDANTE:** Pide se confirme la sentencia proferida ya que no demostraron las demandadas que cumplieron con el deber de información que tenían a la hora del traslado de régimen pensional y se debe ordenar este cambio independientemente del régimen de transición o expectativa legítima del actor.

**PARTE DEMANDADA:**

- **COLPENSIONES:** Solicita se revoque el fallo proferido debido a que el traslado se realizó de forma libre y voluntaria por parte del demandante y se le brindó la información de forma clara y precisa, además el actor no desvirtuó la buena fe de la AFP, no demostró ningún vicio en el consentimiento o causal de nulidad o ineficacia, y se encuentra inmerso en la prohibición legal de la edad para cambiarse de régimen por lo que ordenar su traslado afectaría la sostenibilidad financiera del sistema pensional.
- **PORVENIR:** Requiere se revoque la decisión dictada en razón a que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, causal de ineficacia o nulidad, la AFP cumplió con el deber de información exigido para la época y garantizó el derecho de retracto. Igualmente, el demandante no se interesó por informarse sobre el régimen pensional en el que estaba y no tachó el formulario de afiliación, por lo que el traslado tiene plena validez. Dice que en caso de confirmarse la sentencia solo se debe ordenar devolver el saldo de la cuenta del actor y los rendimientos, decretar valores distintos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.
- **SKANDIA:** Pide revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que el traslado que realizó el demandante fue de forma libre y voluntaria, se le otorgó la información requerida por las normas de la época y este se cambió entre varias AFP, validando las características del régimen y conociendo sus implicaciones. Se debe tener en cuenta que la inconformidad en el monto de pensión no es razón suficiente para viciar la validez del

traslado y no se debe decretar la devolución de los gastos de administración y primas de seguros no provisionales ya que estos valores cumplieron su finalidad y fueron invertidos conforme la ley.

## **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 16 de abril de 2018 como se desprende del folio 83, en la que solicitó a Colpensiones el retorno al RPM, 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 del demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 02 de octubre de 1997 cuando suscribió el formulario de afiliación con DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (fl. 174) y las posteriores afiliaciones entre administradoras que datan del: 05 de octubre de 2000 a HORIZONTE hoy PORVENIR conforme reposa en el CD contentivo de la contestación de la demanda de esa AFP y el 31 de julio de 2008 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fl. 156) quien es su actual administradora.

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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias. Al respecto encuentra La Sala que si bien el demandante el día 02 de octubre de 1997 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (fl. 174), 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 las administradoras de fondos de pensiones, el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conecedor 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 del afiliado como lo señalan las recurrentes. 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

---

**<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.*

*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*

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 **libre y voluntaria** si el fondo de pensiones (en este caso PROTECCIÓN) demuestra que el afiliado 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 que claramente puede ocasionarle un perjuicio irremediable al actor en su futuro pensional, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estribar la correspondiente mesada. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en el asunto 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 (SL4811-2020, SL4373-2020, SL1688-2019), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado 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.

---

*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"*

<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*

Nada de lo anterior demostró la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, entidad que asumió la afiliación al RAIS, ni las demás administradoras a las que el actor se afilió con posterioridad, 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 BRAVO RODRÍGUEZ mencionó en el interrogatorio de parte que su afiliación fue libre y voluntaria, 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, por lo que no es suficiente alegar una manifestación libre y voluntaria del afiliado, si tal circunstancia no se demuestra, pues como ya se dijo el formulario de vinculación es un formato preimpreso que claramente no acredita la información brindada ni mucho menos que el consentimiento allí plasmado haya sido informado, 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.

Insuficiencias que no se subsanan por el tiempo de permanencia en el RAIS sin presentar ninguna inconformidad como erradamente lo afirma el apoderado de Colpensiones, ni mucho se ratifican con "actos de relacionamiento" como solicitar copia de los extractos de la cuenta de ahorro individual o gestionar el cambio, que cualquier vicio se saneó con el paso del tiempo, pues por el contrario lo que demuestra es que a BRAVO RODRÍGUEZ no se le informó realmente de las

---

*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"*

consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen, ya que no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la vinculación con la AFP, entonces lo cierto, es que tales circunstancias no lo hacen conocedor de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, toda vez que es deber de la administradora probar el cumplimiento al deber de información el cual **siempre** ha existido, ya que es la administradora quien está en la obligación de ilustrar a sus afiliados, ya que el entregar toda la información necesaria al potencial afiliado desde el momento en que el mismo se interesa por la entidad, es indispensable para que el consumidor entienda cuales son las implicaciones del cambio de régimen y así su decisión de traslado sea realmente libre, voluntaria e informada.

Por otra parte, OLD MUTUAL se limitó a manifestar que para el momento del traslado no le era exigible documentar la información o la asesoría verbal brindada al afiliada, pues era suficiente con la suscripción del formato de afiliación, no obstante, este argumento lo que demuestra es su falta de interés al momento de cumplir con el compromiso de orientar a sus afiliados en la información **comprensible, transparente, clara, veraz, oportuna y verificable**, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos, y en ese orden se advierte que el actuar de OLD MUTUAL y de las demás administradoras constituye una falta a su obligación de adoptar un sistema de información frente al demandante quien estaba en la obligación no solo de velar por recibir un nuevo afiliado, sino que también debía prestar cuidado en no afectar los derechos de este (SL1688-2019), ya que no es suficiente la manifestación de haber cumplido con el deber de información si no existe una prueba que lo respalde, 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 no es de recibo el argumento de OLD MUTUAL consistente en que el demandante era quien debía asesorarse, informarse y preocuparse por su futuro pensional, ya que son sus obligaciones como consumidor financiero, no obstante, por el contrario, lo que se advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas a la entidad que administra el régimen de ahorro individual, en este caso todas las administradoras, pues claramente han incumplido con sus deberes especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de los productos

ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el afiliado de cara al producto y servicio ofrecido.

De otra parte, es de precisar que COLPENSIONES al igual que OLD MUTUAL y PORVENIR si tuvieron injerencia en el traslado al RAIS del demandante, pese a que en esa época el traslado se efectuó con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para el caso de Colpensiones, Skandia y Porvenir entidades que aprobaron el traslado del régimen del promotor del proceso, por lo que al no haber verificado la legitimad del traslado inicial debe asumir la responsabilidad, lo cual no obsta para que ellas repitan contra la PROTECCIÓN 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 del juez de ordenar a las AFP 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 del promotor 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.

Ahora, en lo que respecta a lo manifestado por el apoderado de Colpensiones quien afirma que el retorno del actor afecta el sistema general de pensiones y a sus afiliados, tal argumento no es dable para La Sala, pues es de recordar que este se afecta ya que con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual del afiliado (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 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).

## COSTAS

Respecto a la condena en costas impuesta a Porvenir, es de indicar que el numeral 1º del artículo 365 del CGP, señala, que las mismas se imponen a la parte vencida

---

<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.

<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, 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."

en el proceso, sin que sea pertinente entrar a estudiar la complejidad del asunto o la buena fe. No obstante, en este caso quien presentó oposición respecto de la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional y quien solicita la revisión de este ítem, es la administradora Porvenir, por lo que, ante la improsperidad del recurso, resulta procedente confirmar las de primera instancia y la imposición de costas en la alzada.

Finalmente, en lo referente a la solicitud de Colpensiones para la aplicación del principio de favorabilidad al demandante, no se avizora dentro del escrito de demanda o en el curso del proceso, que BRAVO RODRÍGUEZ persiga o pretenda en el asunto la extensión del tal principio, ya que lo que aquí se discute es la omisión en el deber de información en cabeza de las administradoras y como dicha situación, influyó en la decisión de traslado del promotor del litigio, y ante la orfandad probatoria, como quiera que las AFP solo aportaron como medios probatorios el formulario de vinculación, para acreditar el cumplimiento de dicho deber, no es otra la consecuencia que declarar la nulidad del traslado, sin que nada tenga que ver si en el RAIS la cuenta de ahorro individual le genera rendimientos que no se causan en el RPM, pues lo cierto es que dichos rendimientos resultan irrelevante si no se le pusieron de presente desde el momento del cambio las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, porque en caso de que así hubiese ocurrido, tal vez la decisión de traslado del actor no fuese la misma.

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**

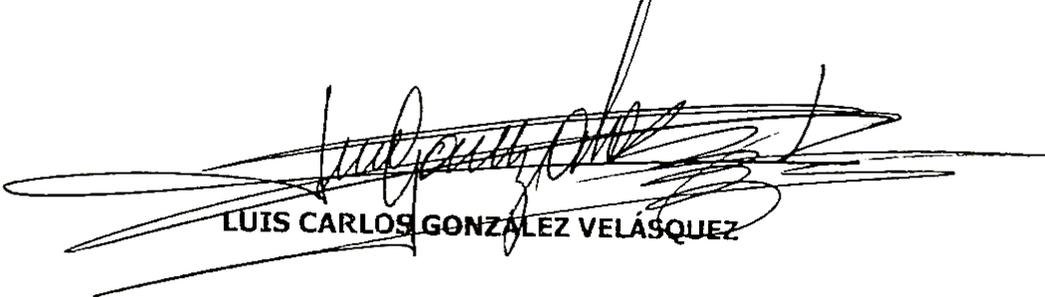
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de mayo 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 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.

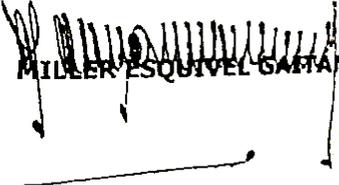
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



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 CARLOS CHAPARRO ACEROS CONTRA T & S TEMSERVICE S.A.S. Y CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A. Rad. 2019 00018 01 Juz 24.**

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**

CARLOS CHAPARRO ACEROS demandó a T & S TEMSERVICE S.A.S. Y CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en folios 1 a 2.

- Existencia de contrato de trabajo a término indefinido, desde el 12 de octubre de 2009 hasta el 6 de septiembre de 2016.
- Declaración de nulidad de la terminación del contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa atribuible al empleador.
- Declaración de responsabilidad solidaria de T & S TEMSERVICE S.A.S. Y CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A.
- Reintegro.
- Pago de salarios causados desde la fecha del despido hasta el reintegro efectivo.
- Pago de aportes a la seguridad social integral desde la fecha del despido hasta el reintegro efectivo.
- Indexación.
- Pago de intereses moratorios.
- Indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- Indemnización moratoria por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 7. El 12 de octubre de 2009, inició sus servicios para CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A., mediante un contrato de obra o labor que suscribió SERVICIOS TEMPORALES SERTEMPO LTDA, para desempeñar el cargo de auxiliar de tráfico y devengaba un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad. En el mes de junio de 2010, siguió laborando para CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A., a través de las temporales T & S TEMSERVICE S.A.S. y SISTEMPORA LTDA, con las que firmó contrato bajo la modalidad de obra o labor determinada. En la misma anualidad CHAPARRO ACEROS comenzó a sentir calambres, adormecimientos en las piernas y fuertes dolores en la cintura, por lo que consultó al médico y le fue ordenada una radiografía ósea. En julio de 2001 fue diagnosticado con ARTROSIS FACETARIA, la cual se sumó a la enfermedad que padecía, denominada DISCOPATÍA LUMBAR. Desde el diagnóstico, el demandante estuvo incapacitado siete veces, además se le realizaron bloqueos epidurales de esteroides. El 7 de marzo de 2011, fue notificado de la finalización del contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, debido a que la empresa usuaria no requería los servicios prestados por el actor. Las convocadas a juicio desatendieron y pretermitieron el estado de salud y las afecciones físicas que padecía CHAPARRO ACEROS, por lo que éste interpuso una acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, los que fueron acogidos en sentencia del 27 de mayo de 2011, donde se ordenó su reintegro en un cargo que se adecuara a sus condiciones físicas. El 1º de junio de 2011, la empresa T & S TEMSERVICE S.A.S. y SISTEMPORA S.A.S., reubicó al demandante en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, en el que tenía que desempeñar actividades tales como: entregar los contratos, reciclar el papel, recibir las carpetas de contratación, foliar la documentación de las hojas de vida del personal contratado y recoger la papelería de operaciones.

El 14 de septiembre de 2015, la Junta Regional de calificación de Invalidez emitió dictamen en el que se determinó una PCL del 29.92%, el 3 de marzo de 2016, se le informó que el cargo a seguir desempeñando era el de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, cambio que no fue aceptado por el trabajador debido a sus condiciones de salud por considerar que no se acompañan con sus recomendaciones médicas, no obstante, tal inconformidad que no atendió la empresa. Las funciones que desempeñaba como auxiliar de servicios consistían en hacer la limpieza a las áreas comunes de la demandada y efectuar el mantenimiento de las instalaciones. El 4 de marzo de ese año, la empresa le comunicó que de no aceptar la reubicación se iniciaría investigación administrativa con la respectiva sanción disciplinaria. No obstante, el actor se siguió oponiendo a la reubicación referida. Posteriormente, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez modificó la PCL a 29.99%, con fecha de estructuración 12 de agosto de 2015. El 18 de marzo de 2016, T & S TEMPORALES lo sancionó disciplinariamente por no asistir al lugar de trabajo y faltar a sus deberes como AUXILIAR DE SERVICIOS. El 10 de mayo de 2016, CHAPARRO ACEROS solicitó respeto a su estabilidad laboral reforzada y la reubicación al cargo anterior (AUXILIAR ADMINISTRATIVO). Ese mismo día fue requerido por la compañía para el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS

GENERALES en la sede administrativa y el 6 de septiembre de 2016, T & S TEMPORALES Y SISTEMPORA S.A.S. dio por terminado el vínculo laboral.

### **Actuación procesal**

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

**T & S TEMSERVICE S.A.S.**, contestó en los términos del escrito visibles en folios 130 a 169.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ninguno de los hechos.
- Propuso como excepciones previas; falta de integración de litisconsorcio necesario y cosa juzgada.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, cosa juzgada, inexistencia de actos de discriminación, terminación objetiva del contrato, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe y genérica.

Mediante auto del 7 de septiembre de 2020, el Juzgado aceptó el desistimiento presentado por la actora respecto de la demandada **CASS CONSTRUCTORES S.A.S.** y ordenó seguir adelante el trámite con **T & S TEMSERVICE S.A.S.**

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la cual dispuso;

***"PRIMERO- DECLARAR PROBADA*** la excepción de ***INEXISTENCIA DE ACTOS DE DISCRIMINACIÓN Y TERMINACIÓN OBJETIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO*** propuesta por la demandada.

***SEGUNDO- ABSOLVER*** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante **CARLOS CHAPARRO ACERO**.

***TERCERO- CONDENAR*** en costas al demandante y a favor de la demandada, para lo cual se estiman las agencias en derecho la suma de \$100.000, por secretaria líquidense en la oportunidad procesal correspondiente"

Llegó a esa determinación, al advertir que revisadas en conjunto todas las pruebas allegadas al plenario quedo demostrado que el actor decidió de forma unilateral y voluntaria no asistir al sitio de trabajo para desempeñar las funciones asignadas en el área de servicios generales

las que habían sido adecuadas a las condiciones de salud y recomendaciones médicas. También evidencio que se presentó una renuncia tácita derivada de la desatención del trabajador por el prolongado ausentismo laboral, sin que fueran suficientes las manifestaciones de desacuerdo y oposición a desempeñar el cargo asignado, pues Chaparro Acero no justificó con razones objetivas el motivo de su renuencia ante la reubicación laboral. En ese orden, concluyó que la terminación del vínculo laboral no obedeció a actos discriminatorios en razón a las limitaciones físicas del demandante, pues quedo suficientemente acreditado que el conducto regular de la empresa al decidir el cambio del cargo se ocupó de tomar todas las medidas tendientes a proteger la salud del actor mediante las áreas especializadas de medicina laboral y seguridad y salud en el trabajo.

### **Recurso de apelación**

**Parte demandante:** solicita sea revisada detalladamente la respuesta al derecho de petición de la empresa T & S Temservice (fls. 86 a 87) en la cual la demandada hace una aclaración de la sanción disciplinaria de suspensión del contrato por 12 y 30 días respectivamente. De otro lado, indica que la rutina de cleaning del área de servicios con fecha del 20 de marzo de 2014, tiene descripciones generales y específicas del cargo más recientes que las citadas por la A quo, toda vez que la documental precisa que los operarios de servicios generales deben desempeñar funciones y actividades, tales como; limpiar polvo, barrer, trapear escaleras, desinfección de los baños, lavar pisos, limpiar vidrios, recoger implementos y realizar el aseo general de las áreas comunes, funciones que no se adecuan a las recomendaciones médicas y que implican movimientos que el actor no puede realizar debido a su estado de salud. Así mismo, en el presente caso no existió un abandono del cargo, como quiera que el demandante desde el 7 de mayo de 2016, se presentó en el área administrativa y manifestó su inconformidad y la imposibilidad de ocupar el cargo asignado, pese a que la empresa conocía sus limitaciones físicas. Posteriormente el 10 y 12 de mayo de la misma anualidad, insistió en su oposición al nuevo cargo y solicitó la protección a la estabilidad laboral reforzada que ostentaba. Señala que no se le puede exigir a un trabajador lo imposible, máxime cuando está en riesgo su salud, situación que no fue analizada por la pasiva que solo se limitó a exigir y presionar en la reubicación del actor, pasando por alto las patologías que eran de su conocimiento y que son incompatibles con el cargo para el cual se requiere un amplio esfuerzo físico. Por todo lo anterior, está acreditado que la empresa despidió sin justa causa al demandante, pese a la limitación y pérdida de capacidad laboral equivalente al 29.99%.

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

**Parte demandante:** indicó que es beneficiario de la protección de la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos expuestos por la CSJ, como quiera que del material probatorio puede colegirse que el actor fue presionado por la demandada para ocupar un cargo en donde por sus recomendaciones médicas le impedían ejecutar tales

labores, por lo que es claro que la razón de despido del trabajador obedeció a la condición médica por la que atravesaba, ya que pese a que él comunicó al empleador su situación, le fueron asignadas actividades que requerían esfuerzo físico sin tener en cuenta en que se encontraba en proceso de calificación para determinar su PCL por parte de la Junta Regional de Invalidez, sin que tal circunstancia fue suficiente, pues por el contrario el actuar de la empresa fue arbitraria y desproporcionada.

**Parte demandada:** pide se confirme la decisión, al considerar que la terminación del contrato de trabajo fue por una causa legal y objetiva conforme al art. 61 del CST, ya que el actor en varias oportunidades se rehusó a ejecutar las actividades para las cuales fue contratado pese a que la empresa le garantizó condiciones de trabajo acorde a su condición médica. No existe discriminación al momento del finiquito laboral como lo alega el demandante, como quiera que la convocada a juicio conocía de la situación médica del actor, por lo que le asignó al trabajador labores acorde a sus limitaciones físicas y recomendaciones de salud, circunstancias por las que solicita no se acceda a las pretensiones.

## **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 es procedente el reintegro por estabilidad laboral reforzada.

### **Estabilidad laboral reforzada**

Frente a la estabilidad laboral reforzada y 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 proceso se aportaron las siguientes documentales; contrato de trabajo (fls. 32 a 33), fallo de tutela emitido por el Juzgado Once Penal del Circuito con Función de Conocimiento (fls. 34 a 46), notificación de reubicación y recomendaciones laborales de fecha 2 de enero de 2015 (fl. 47), rutina del trabajo para la prestación del servicio de cleaning (fl. 48), notificación de apertura de proceso disciplinario y citación a descargos del 9 de marzo de 2016 (fl. 49), dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de invalidez (fls. 50 a 55), evaluación de medicina laboral (fls. 56 a 58), carta actualización y entrega de funciones e indicadores (fl. 59), descripción y perfil del cargo de auxiliar (fl. 60), solicitud de traslado a CASS (fl. 61), comunicación de reubicación del cargo (fl. 62), manifestación de no aceptación del cargo (fl. 63), respuesta de T & S a la no aceptación del cargo (fl. 64), descripción y perfil del auxiliar de servicios generales (fls. 65 a 66), comunicación dictamen Junta Nacional de Calificación de invalidez (fl. 68), dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fls. 69 a 72), ratificación de reubicación (fl. 74 y 81), respuesta a la diligencia de descargos (fls. 77 a 78), notificación de sanción disciplinaria (fls. 79 a 80), respuesta al derecho de petición (fls. 86 a 88), diligencia de descargos de fecha 20 de agosto de 2014 (fls. 236 a 237), diligencia de descargos de fecha 27 de noviembre de 2012 (fl. 233), memorando de fecha 22 de agosto de 2014 (fl. 238), memorando de fecha 19 de enero de 2015 (fl. 240), constancia de entrega del bono de dotación de fecha 23 de enero de 2015 (fl. 241), carta de notificación de apertura proceso disciplinario y citación a descargos de fecha 9 de marzo de 2015 (fl. 242), acta de descargos del 10 de marzo de 2015 (fls. 243 a 245), llamado de atención del 27 de abril de ese mismo año (fl. 246), citación a consulta médica asignada por T & S Temporales del 6 de mayo de 2015 (fl. 249), acta de entrega de dotación de fecha 22 de mayo de 2015 (fl. 251) , comunicación de

---

<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)”

reubicación de puesto de trabajo del 4 de marzo de 2016 (fl. 253), levantamiento de acta por no aceptación de reubicación e incumplimiento de funciones del 7 de marzo de 2016 (fl. 254), notificación de recomendaciones laborales emitidas por el grupo de seguridad y salud en el trabajo de fecha 8 de marzo de 2016 (fl. 255), levantamiento de acta de fecha 9 de marzo de 2016 (fl. 256), notificación de sanción disciplinaria (fl. 258), notificación por ausencias injustificadas del 20 de mayo de 2016 (fl. 89 y 260), certificación laboral expedida el 11 de julio de esa anualidad (fls. 90 y 261), citación proceso disciplinario del 11 de julio de 2016 (fl. 262), citación proceso disciplinario de fecha 25 de julio de 2016 (fl. 263), acta de diligencia de descargos de fecha 28 de julio de 2016 (fl. 264), aceptación de renuncia tácita del 6 de septiembre de 2016 (fl. 265), liquidación del contrato (fl. 266), notificación de consignación de cesantías (fl. 267), consignación del pago de las cesantías (fl. 268), comprobantes de pago de nómina (fls. 269 a 414) y certificado de aportes a seguridad social (fls. 415 a 429).

También se cuenta con el testimonio rendido por **JUAN CARLOS ATERTÚA** (empleado de TEMSERVICE), quien señaló que el demandante supero un proceso de selección y luego ingresó como auxiliar de tráfico a CASS. Posteriormente fue despedido y al poco tiempo reintegrado como auxiliar administrativo en cumplimiento del fallo de tutela. Para el año 2015, el actor estaba como auxiliar administrativo, luego de ese cargo fue reubicado como auxiliar de servicios generales en el cual las funciones eran limpiar oficinas y organizar los muebles. Indica el testigo que hace parte del equipo directivo de la compañía, y en esas reuniones se discute sobre las situaciones de los empleados de planta y solicitudes de estudio de puesto de trabajo. Dijo que Carlos (demandante) se negó a hacer las actividades a pesar del estudio de puesto de trabajo, fue renuente en aceptar las labores del cargo. Relata que al actor se le convocaba para que justificara porque no desempeñaba las tareas, la renuncia del demandante fue tácita, porque dejó de asistir a su puesto de trabajo. Transcurrido un mes se le requirió la justificación de las inasistencias, pero no presentó incapacidad alguna durante este tiempo. Indica que el director del grupo de SGSST trajo personas especialistas en esa área y basados en las recomendaciones de la historia clínica, se determinó que el trabajador podía realizar esas actividades. Informó que con posterioridad a la renuncia tácita se le cancelaron todas las acreencias laborales que ordena la Ley. Los llamados de atención o procesos disciplinarios fueron varios, en razón a que Carlos Chaparro se retiraba del puesto de trabajo sin justificación y se negaba a hacer las actividades que se le asignaban, además se rehusaba a usar los elementos de seguridad y salud en el trabajo y por dicha situación se le llamó la atención en reiteradas ocasiones. Antes del 6 de septiembre de 2016, el actor dejó de asistir por más de 1 mes a la empresa. El reintegro del demandante fue en virtud de la enfermedad que padecía. Al trabajador se le acompañó y se le hizo un seguimiento constante de la mano de las entidades del sistema de seguridad y salud en el trabajo, se hizo el estudio al puesto de trabajo conforme las recomendaciones laborales emitidas por el médico tratante. Dijo que el área de salud en el trabajo es la encargada de velar por el estado de salud de los colaboradores, se inició el proceso disciplinario porque las ausencias no fueron justificadas. No tiene certeza de que la empresa fue notificada de la PCL, al demandante nunca se le negó la entrada a las oficinas

administrativas a las que se accede con el carnet que los identifica como trabajadores. Dijo que Carlos siempre fue renuente en aceptar cualquier tipo de cambio de puesto de trabajo, precisa con ejemplos que al estar de auxiliar de servicios generales al ordenarle que limpiara las pantallas o las mesas de trabajo, él hacía caso omiso a las órdenes impartidas y contestaba que él no lo iba a hacer porque él era operario. Al demandante se le entregó un certificado del área de trabajo y de la especialista de estudios de puestos de trabajo, donde se asevera que él ya podía desarrollar ese tipo de tareas. Indicó que las funciones que desempeña una persona de servicios generales eran diferentes a las que se le asignaban al actor por su caso en particular. Cuenta que entre las funciones que debía desempeñar estaban tales como; desempolvar las ventanas y limpiar las mesas.

**LUCY STELLA FUENTES** (Representante legal T & S TEMSERVICE), aceptó conocer de las afecciones en la columna del actor por lo que se cumplieron las recomendaciones del médico tratante. Desde la acción de tutela del 1º de junio de 2011 se reintegró a Carlos Chaparro como auxiliar para T & S. Afirma que el demandante venía de un contrato con CASS como auxiliar de tráfico. En el 2016, se revisó que el actor podía realizar actividades dentro de servicios generales, pese a ello CHAPARRO tenía controles médicos y se veía mejoría en sus tratamientos y controles. Se realizó el estudio del puesto para tomar la decisión de reubicarlo y asignarlo en este cargo. No recuerda haber sido notificada del dictamen de pérdida de capacidad laboral. El 3 de marzo de 2016, la empresa le informó al demandante acerca del cambio de cargo a auxiliar de servicios generales, en el 2015 él se desempeñaba como auxiliar administrativo. La compañía otorgaba los permisos para ir a los controles médicos. Desde que fue cambiado de cargo y funciones no se volvió a presentar a laborar. El demandante solo iba a desempeñar actividades básicas como auxiliar de servicios generales acorde a las recomendaciones y lo que él podía hacer de acuerdo a sus condiciones de salud. CARLOS CHAPARRO nunca acepto el cargo, ni se presentó a la reunión de estudio del puesto de trabajo. Las recomendaciones laborales eran de conocimiento de la empresa y la reubicación se hizo con base en dichos requerimientos médicos. El actor quería regresarse a CASS pero el contrato de dicha empresa usuaria con T & S ya se había finalizado.

**Del interrogatorio de parte de CARLOS CHAPARRO ACEROS,** se resalta que se presentó a trabajar en agosto de 2016. El 20 de agosto de 2014, lo citaron a una diligencia de descargos a la que no acudió porque tenía dos meses de haberse practicado la cirugía de columna y en ese momento estaba incapacitado para realizarse los exámenes médicos periódicos que se le notificó en esa fecha. Acepta que no asistió a la diligencia de descargos del 10 de marzo de 2015 y que nunca se negó a recibir la dotación motivo por el cual lo convocaron a esa diligencia.

Así las cosas, luego de revisar el material probatorio obrante en el plenario, La Sala colige que a todas luces es evidente que el demandante no allegó prueba alguna que demostrara que la desvinculación laboral obedeció a actos discriminatorios por parte de la pasiva, por

el contrario quedo ampliamente acreditado el ausentismo laboral y la renuencia a desempeñar el cargo asignado sin que mediara justificación alguna o se hiciera alusión a un nuevo diagnóstico médico que impidiera el desempeño de las funciones asignadas. De la descripción de la rutina de trabajo para la prestación del servicio de cleaning que milita a folio 48, del 20 de marzo de 2014, a la que hace referencia el recurrente para afirmar que las actividades en el cargo de auxiliar de servicios generales no se adecuaban a las recomendaciones médicas, es una afirmación que no corresponde a la fecha en que el actor fue reubicado en el cargo de operario de servicios generales, como quiera que está demostrado a través de las documentales aportadas, tales como; la certificación laboral ( fl. 261), el testimonio rendido por Juan Carlos Atertua y las manifestaciones realizadas por el demandante en la diligencia de descargos del 20 de agosto de 2014, que el cargo que desempeñaba el actor para esa anualidad, era el de auxiliar de oficina, área de trabajo en la cual prestó sus servicios hasta el 2 de marzo de 2016. Así mismo, es de anotar que las recomendaciones laborales entregadas el 8 de marzo de 2016 (fl. 255) para ocupar el cargo de auxiliar de servicios generales corresponden a las instrucciones y restricciones médicas emitidas por el área de HSE, toda vez que se observa un constante control y seguimiento del equipo de SG-SST y medicina laboral, que mediante evaluación del 7 de octubre de 2015 (fls. 56 a 57) registra que el actor podía mantener la posición del cuerpo, levantar, mover objetos y desplazarse sin deficiencia alguna.

Ahora bien, resulta pertinente recordar que la estabilidad laboral reforzada no es un criterio que deba partir del supuesto de la perpetuidad y permanencia en el empleo, pues la norma precitada no prohíbe el despido del trabajador en estado de discapacidad, lo que sanciona es que se demuestre que la terminación del vínculo laboral obedeció a una conducta discriminatoria del empleador en razón a una limitación física, sensorial o mental que padezca el trabajador. De lo anterior se rememora la sentencia *CSJ SL 1360 de 2018*, la cual dispuso:

*"Nótese que allí se dispone que **"ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación"**, lo que contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera. Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo que la ruptura del vínculo laboral está basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector de trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva"*

En el caso bajo estudio, se evidencia que la empresa demostró la plena disposición y atención al diagnóstico médico y evolución del estado de salud del actor, de ello da cuenta las recomendaciones laborales, los exámenes médicos periódicos y el estudio del puesto de trabajo adecuado a las restricciones médicas. Sin embargo, se observa que el demandante

tenía una conducta reticente la que se corrobora con los múltiples llamados de atención y citaciones a diligencia de descargos por rechazar y no recibir la dotación reglamentaria, máxime cuando tenía que usar elementos que le permitieran adoptar una postura ergonómica (elementos de protección), lo que se ratifica del contenido del acta de fecha 10 de marzo de 2015, en la que el actor aceptó que se rehusaba a recibir estos elementos, entre ellos el calzado liviano con suela antideslizante que estaba obligado a usar según las recomendaciones médicas. Respecto a las sanciones disciplinarias en las que se impuso la suspensión del contrato por 2 y 30 días, se destaca que las mismas fueron dejadas sin efecto para garantizar el derecho a la defensa del demandante, como quiera que no se notificaron en término y lo anterior se extrae de la contestación del derecho de petición por parte de T & S TEMSERVICE, el 12 de mayo de 2016 (fls. 86 a 87), no obstante, esta situación es inconducente para eximir al demandante de la inasistencia a su nuevo puesto de trabajo, pues transcurrieron 6 meses desde la notificación de reubicación, tiempo en el cual nunca allegó prueba alguna que motivara su desacuerdo.

Conforme lo anterior, se concluye que el demandante incurrió en la prohibición de abandono del cargo, contemplada en el numeral cuarto del artículo 60 del C.S.T.<sup>2</sup> faltó a su obligación de prestar sus servicios personalmente, y también dejó de cumplir con la labor asignada, pues no siguió las instrucciones y órdenes del empleador<sup>3</sup>. Al respecto, la parte demandada allegó suficiente material probatorio que demuestra que el motivo de la finalización del vínculo laboral obedeció a una decisión prolongada, voluntaria y unilateral por parte del actor, que pese a las sucesivas notificaciones y ratificaciones para que ocupara el cargo de auxiliar de servicios generales, solo se limitó a expresar su descontento mediante afirmaciones sin fundamento y actos inequívocos. En ese orden, colige La Sala que la afección que padecía el demandante no fue la causa del finiquito laboral, ni tampoco se puede concluir que la finalización del contrato se apoyó en razones discriminatorias, de modo que la terminación de la relación laboral se considera legítima.

**COSTAS.** - Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Doscientos Mil Pesos (\$200.000) como agencias en derecho.

## DECISIÓN

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

---

<sup>2</sup> "Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo"

Artículo 58. Obligaciones especiales del trabajador- Son obligaciones especiales del trabajador: 1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

**RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre de 2020, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS:** Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Doscientos Mil Pesos (\$200.000) 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 FABIO MANUEL DURAN GÓMEZ  
CONTRA PROVEEDORES DE ELEMENTOS METÁLICOS PRO EMET SAS. Rad.  
2019 00061 01 Juz 24.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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**

**FABIO MANUEL DURAN GÓMEZ** demandó a **PROVEEDORES DE ELEMENTOS METÁLICOS PRO EMET S.A.S.**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios. 4 y 5.

- Contrato de trabajo
- Indemnización moratoria.
- Salarios
- Cesantías
- Intereses a las cesantías
- Prima de Servicios
- Vacaciones
- Indemnización artículo 64 CST.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 3 a 4. Inició a trabajar al servicio de la demandada el 12 de febrero de 2014, en el cargo de mecánico Soldador hasta

el 30 de junio de 2018, el salario fue de \$616.027 en 2014, \$644.350 en 2015, \$689.454 en 2016 y \$737.717 en 2017. La relación laboral fue terminada de forma unilateral el 30 de junio de 2018, y el día 16 de ese mismo mes y año le fue enviada una liquidación por parte de la empresa que no corresponde a la realidad. Precisa que no le han pagado en la actualidad ningún concepto por prestaciones sociales ni salarios.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 32) y corrido el traslado la accionada **PROVEEDORES DE ELEMENTOS METÁLICOS PRO EMET S.A.S** contestó en los términos del escrito visible a folios 35 a 49.

- Se opuso a las pretensiones.
- No acepto ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de relación laboral y calidad de socio del demandante con la sociedad Proveedores de Elementos Metálicos PRO EMET S.A.S., cobro de lo no debido, inexistencia del derecho, compensación, prescripción, y declaratoria de otras excepciones.

### **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 demanda, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la relación laboral entre las partes. Llegó a esa determinación al advertir que, pese a haberse demostrado el elemento de la prestación personal del servicio por parte del actor la accionada acreditó, mediante los testimonios aportados, que el trabajador era autónomo en la prestación de las labores realizadas, por lo que no estaba sometido a una subordinación, él únicamente era parte de una sociedad realizada entre dos hermanos, situación que no varía ni aunque se tengan en cuenta los aportes realizados al sistema de seguridad social en pensiones, pues como lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, esos aportes por sí solos no constituyen una prueba de la relación laboral. De la liquidación de las prestaciones sociales aportada, indicó que

ella no contaba con ningún valor probatorio por no aparecer suscrita por algún funcionario de la sociedad demandada ni tampoco evidencia que provenga de ella.

### **Recurso de apelación**

**El demandante** solicitó se accedan a las pretensiones deprecadas ya que el trabajador realizó una actividad personal, remunerada y continua a favor de la sociedad accionada, lo que independientemente de la denominación genera un contrato de trabajo y da lugar al pago de las acreencias que conllevan este vínculo contractual. Señaló que, al margen de la calidad de socio, este puede ser un trabajador, y resalta que en el caso no se probó dicho estatus ni el vínculo societario, ni mucho menos que la relación entre las partes haya estado regida por los estatutos de la sociedad. En lo concerniente con los testimonios, adujo que lo manifestado por ellos versó sobre supuestos que no fueron demostrados fehacientemente en el proceso ni fueron claros en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos de la demanda.

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

**Parte demandante:** Pide se accedan a las pretensiones de la demanda debido a que se probó la relación de carácter laboral que sostenían las partes del proceso y que el accionante era un empleado de su hermana, presentándose los elementos del contrato de trabajo. Indica que los aportes a seguridad social y la liquidación de prestaciones sociales realizada evidencian la calidad de trabajador dependiente del actor. Además, señala que se ratifica en los hechos de la demanda.

**Parte demandada:** Solicita se confirme la decisión proferida, en razón a que no se presenta en este caso los supuestos de un contrato de trabajo, se demostró que el demandante no estuvo sometido a ningún tipo de subordinación o dependencia, acorde con los testimonios del caso. Indica que los aportes a seguridad social, no demuestran la relación laboral y que el actor podía desempeñar funciones a otras empresas o personas, así como la conducción de un taxi de manera libre, lo que desvirtúa la presunción generada.

## 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 determinar si entre las partes existió una verdadera relación laboral, pues de esta declaratoria depende la prosperidad de las demás pretensiones.

### **Existencia de la Relación Laboral.**

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 *ibídem*, agrega que para que exista 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.

Acorde al sustento normativo, corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral deprecada.

En el proceso se recaudaron los siguientes documentos: liquidación del contrato de trabajo (fl. 10), del que en efecto **no se advierte ninguna firma de recibido**, sello o información que comprometa la responsabilidad de la demandada en los términos perseguidos, registro de movimientos de cuentas auxiliares (fls. 11 a 13), reporte de la historia laboral de Colpensiones (fls. 14 a 21), conversaciones de WhatsApp (fls. 64 a 118), donde se hacen diferentes requerimientos al actor (no obstante, y pese a que no se logra determinar con quien se desarrollan esas conversaciones, allí se le pregunta en diferentes oportunidades al actor de disponibilidad de tiempo para hacer algunos trabajos, o si los quiere hacer, se le paga para que ayude en determinadas tareas, hablan de la división de las deudas, la división del taller entre los socios y pago de impuestos, entre otros asuntos). También se aportó certificación expedida al demandante quien se desempañó como conductor taxi de la empresa Radio Taxi Autolagos S.A.S. desde el 26 de septiembre de 2011 hasta 2019 (fl. 121), facturas de pagos y contratos realizados entre las partes (fls. 131 a 141). En cuanto a los aportes realizados a Colpensiones, es importante señalar que no ilustran de forma clara e inequívoca la relación de carácter laboral demandada, no son suficientes para determinar extremos, ni son constitutivos de los elementos que caracterizan las relaciones de trabajo, aspecto que encuentra respaldo en lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia del 28 de mayo de 2008 con radicado 32735, con magistrado ponente Luis Javier Osorio López en la cual se indicó lo siguiente:

*"Lo que sucede es que el Juzgador de alzada, luego de valorar esos elementos probatorios y verificar su contenido, arribó a una conclusión distinta a la postura de la parte demandante, cuál es que la sola afiliación a la seguridad social no acredita la existencia de la relación laboral y sus extremos, al aseverar que las mencionadas documentales "no conducen al fallador en ningún tipo de certidumbre respecto de la efectiva prestación personal del servicio, y menos aún arrojan claridad en punto a los extremos en que a juicio del apelante, se ejecutó la misma".*

*Lo que significa, que para el ad quem la afiliación del actor al ISS de parte de una de las sociedades demandadas, no es indicativo suficiente para declarar la presencia de un vínculo contractual de carácter laboral, ni para establecer las fechas de ingreso y retiro del mismo, lo cual resulta acorde con lo adocinado por esta Corporación sobre esta precisa temática, en el sentido de que esa afiliación no implica per sé la celebración de un contrato de trabajo, ya que para ello se requiere de la voluntad de ambas partes y la concurrencia de los elementos esenciales previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, valga decir, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia de éste respecto del empleador, y un salario como retribución de la prestación del servicio.*

*Cabe traer a colación lo expresado por la Corte en sentencia del 10 de marzo de 2005 radicado 24313, en la que se dijo:*

*"(.....) Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)".*

*En estas condiciones, no puede calificarse como desacertada la valoración de estos específicos medios de convicción, y por consiguiente de haber incurrido el ad quem en algún error de apreciación, no lo fue en el grado de manifiesto, ostensible o protuberante, como lo exige la ley para quebrar el fallo."*

De otra parte, se cuenta con el **interrogatorio de parte del actor**, quien aseveró que no era socio de la demandada, manejaba un taxi desde 2004, en las noches y de día desarrollaba labores en la empresa, en el 2018 cuando dejó de trabajar para la sociedad, inició a laborar jornadas completas con el vehículo. Su remuneración ascendió a un salario mínimo, el pago era quincenal, recibía órdenes y tenía un horario de 8am a 5pm, el cual variaba según las labores pendientes de hacer, no le controlaban su horario. Dijo que había solicitado ser socio de la empresa, pero su hermana no accedió, laboró 20 días para su hermano, con permiso de la representante legal de la sociedad, su sobrino también trabajó algunas veces para la señora Claudia y la sociedad, sin vínculo laboral.

Del **interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada**, se tiene que con el demandante existió una sociedad pero que por descuido de su hermano (el demandante) este no figura en la cámara de comercio. La empresa se constituyó entre dos personas con dineros y maquinaria que ella (declarante) los que tenía de una anterior sociedad. Adujo que nunca le dio órdenes al actor, ellos no cumplían ningún horario, y entre los dos llegaban a una concertación para distribuir las labores. Relató que la contadora de la empresa, expidió una liquidación de acreencias laborales por solicitud del actor y al ostentar este la calidad de socio se le entregó una copia, pero señaló que los pagos de nómina se realizaron según lo pactado entre los socios, y además que la empresa no dio utilidades, por lo que los saldos producidos eran distribuidos en conjunto para los dos.

El **testigo JOHN ALEXANDER NOVOA** (se desempeña como todero y laboró en un par de oportunidades para la empresa), dijo que el demandante era soldador y armador de estructuras, él (demandante) trabajaba con su hermana en la empresa

y lo vio en una oportunidad al estar haciendo un trabajo para la demandada, labor que le fue pagada por el accionante.

El **testigo DIEGO FERNANDO VARGAS ARIAS**, (amigo del demandante), indicó que prestó sus servicios para la demandada en el transporte de estructuras metálicas que realizaba la sociedad, llegó a que le pagaba. Él veía al demandante en las mañanas, pero no sabe si cumplía un horario o que vínculo tenía con la empresa, en esas instalaciones veía a Claudia con su esposo y al demandante. El demandante le contó que él conducía un taxi de propiedad de su progenitor, pero no sabe en qué periodos lo hacía ni recuerda cuando se lo dijo.

La **testigo DALIA JAZMÍN DURÁN GÓMEZ**, (hermana del demandante y de la representante legal de la empresa demandada), adujo que la sociedad fue constituida por la hermana, quien invitó al actor para que fuese su socio, allí no había trabajadores, eran ellos los que trabajaban en la casa de los papás y distribuían sus funciones. A su hermano no se le exigió el cumplimiento de un horario, él (demandante) algunas veces trabajaba de noche manejando un taxi, no sabe cómo le pagaban, además él (demandante) decía que la empresa era también suya.

El **testigo FREDY RICARDO DURÁN GÓMEZ**, (también hermano de las partes en litigio), explicó que sostuvo una relación únicamente comercial con la sociedad, la cual fue fundada por su hermana y luego se vinculó su hermano (demandante), quien no cumplía horario. Manifestó que ellos pactaban el pago de acuerdo con los trabajos que tenían que realizar, el demandante cobraba por su mano de obra y disponía de su tiempo, y la duración de la labor. También indicó que el actor atendía trabajos en otras empresas y estos los hacía en el taller de la sociedad. Cuando el actor no tenía labores por realizar manejaba el taxi de su papá. Dijo que algunas veces contrataba con la señora Claudia algunos servicios, pero no sabía si ella le daba ordenes al actor.

Finalmente, **el testigo VÍCTOR MANUEL DURÁN** (padre del actor y de la representante legal de la empresa), dijo que las partes formaron una empresa juntos dedicada a la soldadura y este les prestó el garaje de su casa para que realizaran las labores, nunca vio ningún documento relacionado con la sociedad. Señaló que sus hijos llegaban a laborar dependiendo del trabajo que tuvieran pendiente por realizar, ellos no tenían horario establecido, el actor por las noches trabajaba

manejando un taxi junto a él desde septiembre de 2017, ellos a veces hacían algunos trabajos adicionales relacionados a su actividad de soldador, que eran solicitados por sus vecinos o amigos.

De conformidad con todo lo anterior, La Sala no puede llegar a conclusión distinta a la del A quo, como quiera que, si bien no hay discusión sobre la prestación personal del servicio (lo que activa la presunción del art. 24 del CST) y que las actividades que desplegó el actor estaban relacionadas con el oficio de soldador, lo cierto es que en el asunto no fue posible ubicar los demás elementos que caracterizan una relación de trabajo, pues téngase en cuenta que el demandante contó con plena autonomía e independencia para el ejercicio de sus actividades, no cumplía horario, no recibía órdenes, adelantaba otros trabajos que le encargan los vecinos u otras empresas en las instalaciones de la demandada, éste además se encargaba de manejar un taxi de propiedad de su progenitor. Del dicho de los testigos valorados en conjunto con los demás documentos, lo que encuentra La Sala fue la creación de una empresa familiar cuyo emprendimiento al parecer feneció ante los constantes desentendidos entre sus integrantes, pero que, en efecto, por ninguna circunstancia constituyen una verdadera relación de trabajo.

En consecuencia, ante la ausencia de los elementos descritos en el art. 23 del CST, La Sala no puede continuar con el estudio de las demás pretensiones, lo que deviene en la **CONFIRMACIÓN** de la sentencia consultada.

**COSTAS:** La de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para la parte actora.

## **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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de marzo de 2021, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

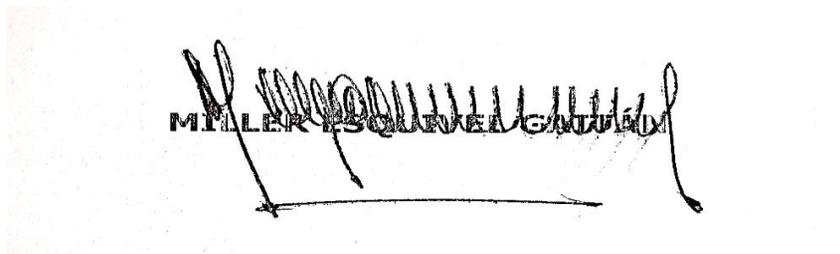
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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 MARÍA ISABELA GRUESO ÁNGULO  
contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.  
Rad. 2019– 00187 01 Juz. 32.**

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días del mes de diciembre 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 ISABELA GRUESO ÁNGULO** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a **PORVENIR S.A** y a la **AFP OLD MUTUAL**. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 6 y 7.

- Nulidad e ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Como consecuencia de la nulidad de traslado, podrá solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797/2003.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas y agencias en derecho.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 6. Nació el 11 de septiembre de 1965. Se afilió al ISS el 16 de marzo de 1989 donde cotizó hasta el 24 de agosto de 1999, data para la cual se trasladó a PORVENIR, quien no le informó sobre las consecuencias del traslado, solo se le dijo que podría pensionarse a cualquier edad,

pero no le comunicaron la forma de obtener la mesada en el RAIS ya que solo se le habló de las ventajas de dicho régimen, por lo que el 19 de enero de 2004 se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (quien es su actual administradora). En mayo de 2018, solicitó a Old Mutual una simulación pensional quien le informó que su pensión de vejez ascendería a la suma de \$2.276.000 y el 26 de julio del mismo año, pidió a Colpensiones y a Porvenir la nulidad de la afiliación y del traslado, a la cual no se accedió, indicó que acredita un total de 1157 semanas cotizadas al ISS y a Porvenir.

### **Actuación Procesal**

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a fls. 66 a 80.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, el traslado a Porvenir y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y genérica.

**OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** en los términos del escrito visto a fls. 111 a 129.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó el hecho relacionado con el traslado a esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

**PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 167 a 174.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la edad de la demandante, la afiliación a Porvenir y la solicitud de nulidad del traslado de régimen.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A., el 24 de agosto de 1999, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Condenó a PORVENIR a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la actora mientras estuvo afiliada a esa administradora. A la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. la condenó a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales y a Colpensiones le ordenó recibirlos. Llegó a esta determinación, luego de corroborar que PORVENIR no cumplió con el deber de información que le asistía al momento del traslado, pues no se le comunicó sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes. Resaltó que en el proceso solo se aportó los formularios de afiliación, no es prueba suficiente para acreditar que la demandante fue informada de las consecuencias, ventajas y desventajas de su traslado, por lo que las AFP PORVENIR y OLD MUTUAL incumplieron con su carga probatoria, aunado a que del interrogatorio no se pudo inferir ninguna confesión respecto al deber de asesoría e información en los términos de la SL CSJ, como quiera que el nombrar algunas características del RAIS no la hacen conocedora de las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen. Declaró no probada la excepción de prescripción formulada por las demandadas, por cuanto al estar estrechamente relacionado con el derecho a la seguridad social, el mismo no prescribe.

### **Recurso de Apelación.**

**PORVENIR;** manifestó que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen pensional se materializó con la suscripción del formato de afiliación, documento que no fue tachado de falso, también se le garantizó el derecho al

retracto, y al declarar la ineficacia del traslado se desconocería el principio de la autonomía privada de la voluntad que contaba la demandante definida en la C341/2006 de la Corte Constitucional. Indicó que no es procedente la devolución de los gastos de administración pues según lo dispuesto en el inciso segundo del art. 20 de la Ley 100/1993 también en el RPM se destina un 3% de la cotización a la comisión por administración, pensión de invalidez y sobreviviente, aunado a que tales valores no forma parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, por lo que devolver tales sumas a Colpensiones se estaría generando un enriquecimiento ilícito a favor de la entidad ya que no existe norma que disponga tal devolución y solo se debe devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos. Concluyó que, en el presente asunto, la demandante deberá devolver los frutos, esto es, los rendimientos financieros que se causaron en su cuenta conforme lo previsto en el art. 1746 del Código Civil, de lo contrario existiría un enriquecimiento sin causa a favor de GRUESO ANGULO.

**OLD MUTUAL;** solo presentó objeción en la condena por devolución de gastos de administración, dijo que no es posible su reintegro porque tal comisión está autorizada por la ley y al declarar la ineficacia del traslado, solo procede la devolución de las cotizaciones y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada tal como lo ha señalado la Superintendencia Financiera en múltiples pronunciamientos. Manifestó que, en los gastos de administración, se incluyó el seguro previsional por invalidez y muerte con los que estuvo cubierta la afiliada, sumas que ya no se encuentran en las arcas de la administradora. Pidió que, en caso de confirmarse la decisión, se estudie el fenómeno de la prescripción trienal frente a la comisión de administración, ya que tales emolumentos no financian la pensión de vejez.

**COLPENSIONES;** señaló que es un tercero ajeno al negocio jurídico suscrito por la demandante y la AFP, teniendo en cuenta que **no tuvo ninguna injerencia para el momento del traslado de régimen,** razón por la que no debe sufrir las consecuencias de la declaratoria de nulidad. Indicó que la decisión de retornar a la afiliada al RPM atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y que concluyó que quien debe asumir la carga pensional de la actora es PORVENIR quien faltó al deber de información.

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

**Parte demandante:** Pide se confirme la sentencia proferida ya que la AFP no probó haber actuado diligentemente ni haber ejercido el deber de información como lo exige la ley, sobre las características de los regímenes pensionales y consecuencias del traslado a la afiliada actuando la entidad con engaños. Además, Colpensiones no se puede beneficiar de su negligencia por no informarle a la demandante sobre la información errada que le estaban dando.

### **Parte demandada:**

- **PORVENIR:** Requiere se revoque la decisión dictada en razón a que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, causal de ineficacia o nulidad, la AFP cumplió con el deber de información exigido para la época y garantizó el derecho de retracto. Igualmente, la demandante no se interesó por informarse sobre el régimen pensional en el que estaba y no tachó el formulario de afiliación, por lo que el traslado tiene plena validez. Dice que en caso de confirmarse la sentencia solo se debe devolver el saldo de la cuenta del actor y los rendimientos, decretar valores distintos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.
  
- **OLD MUTUAL:** Guardó silencio.
  
- **COLPENSIONES:** Solicita se revoque el fallo proferido debido a que al ser Colpensiones un tercero de buena fe al acto del traslado no puede ser afectada con la decisión del proceso, y ordenarle recibir a la actora como afiliada va en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, por estar inmersa la demandante en una prohibición legal para trasladarse y no ostentar el régimen de transición o una expectativa legítima de su derecho pensional.

## **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 la devolución de los gastos de administración.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 26 de julio de 2018 (fls. 48 a 51), donde solicitó la nulidad de afiliación a la AFP COLFONDOS, 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, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando solicitó su vinculación el 24 de agosto de 1999 con PORVENIR mediante formulario de afiliación visible a folio 40 y el 19 de enero de 2004 (fl. 41) se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL quien es su actual administradora. Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos.

Al respecto, si bien la demandante el 24 de agosto de 1999 (fl. 40), diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la

---

<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.*

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, el que fue aceptado por GÓMEZ ÁNGULO y no fue tachado, para esta Sala 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 demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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 **libre, voluntaria, autónoma y consciente** si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios,

---

**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.*

*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 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 régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos 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 (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), 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, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A. pues solo se preocupó por afirmar que había garantizado el derecho al retracto de la demandante, no obstante, no aportó ningún documento que sustentará su alegación, y ante la orfandad probatoria lo que si se advierte es que la entidad no suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual si era posible efectuar actuando el mismo IBC contrario a lo que

---

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

<sup>4</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"

afirmó PORVENIR, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, más aún cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante haya efectuado traslados horizontales entre fondos del RAIS, ni la permanencia en el tiempo en dicho régimen, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial o verbal **no es suficiente** para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

Ahora, en lo que respecta al principio de la autonomía privada enseñado por la Corte Constitucional en sentencia C341/2006, se resalta que precisamente toda elección de régimen pensional debe estar precedida de autonomía, de información, clara, completa y comprensible sobre las implicaciones que conlleva trasladarse de un régimen pensional a otro, el que no se afecta en el presente asunto, pues por el contrario pese a que la demandante aceptó haberse trasladado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir al suscribir el formato de afiliación, lo cierto es que tal decisión no demuestra que la AFP que pide la revisión de este ítem haya cumplido con sus obligaciones especiales para que pueda entenderse una afiliación libre, espontánea, voluntaria e informada, ya que se trata del futuro pensional de GRUESO ÁNGULO lo que se discute, porque tal y como lo ha expresado nuestro máximo órgano de cierre, es la AFP quien debe suministrar información suficiente, comprensible 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 PORVENIR quien 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.

De otra parte, es de precisar que COLPENSIONES si tuvo injerencia en el traslado al RAIS de la demandante, 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 PORVENIR pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

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

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de las AFP PORVENIR y OLD MUTUAL, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual cada una de las AFP deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal o que solo debe devolverse los saldos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada según lo dispuesto por la Superintendencia Financiera, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (COLPENSIONES) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora ni mucho menos de Colpensiones. 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 del juez de ordenar a PORVENIR y a la AFP OLD MUTUAL devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, al ser OLD MUTUAL la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante y PORVENIR donde se materializó la nulidad del traslado de régimen pensional, son las llamadas 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*).

En lo referente a la prescripción de los gastos de administración que alega Porvenir y Old Mutual, 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, por lo que tampoco es de recibo el argumento de las recurrentes, consistente en que ante la declaratoria de ineficacia solo es procedente la devolución de los aportes y cotizaciones, para La Sala es preciso recordar que como ya se indicó la omisión a la falta al deber de información y asesoría en cabeza de la AFP trae como consecuencia dejar sin valor y efecto el traslado, por lo que las deducciones efectuadas a los aportes de la afiliada, tales como la comisión de administración y seguros provisionales deben ser entregados a Colpensiones, como quiera que el acto de traslado nunca existió, tales sumas no se causaron y el actor retornó al Régimen de Prima Media.

En cuanto al principio de sostenibilidad financiera alegado por Colpensiones, se recuerda que éste no se afecta, pues con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) 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 se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Finalmente, refiere la apoderada de Colpensiones, que es Porvenir quien debe asumir el reconocimiento pensional bajo las condiciones que cobijan al RPM, no obstante, La Sala advierte que en el asunto no se discutió si la demandante tiene derecho o no a la pensión de vejez o quien debe reconocer la prestación, pues lo que se analizó fue si el traslado de régimen efectuado por GRUESO ÁNGULO estuvo precedido de la suficiente información para que el mismo fuese valido, y al declarar la nulidad de traslado por falta precisamente ese deber de información y asesoría, no debe ser otra la consecuencia que ordenar a Colpensiones a recibir en el RPM a la promotora del proceso, quien deberá estudiar la prestación al momento que sea solicitada por su afiliada.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho para cada recurrente.

### **DECISIÓN**

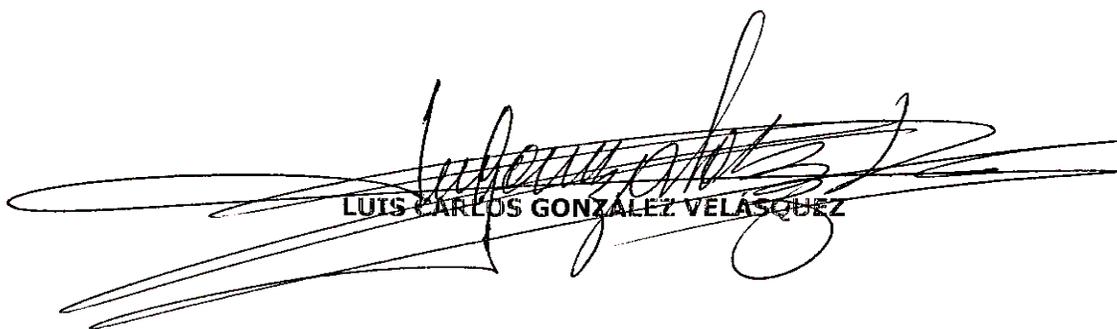
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de junio 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 cada una de las apelantes. Fijense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho para cada recurrente.

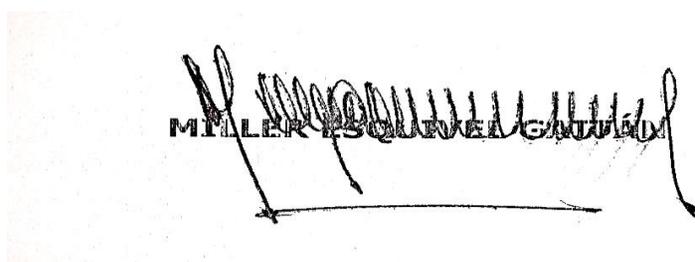
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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 SILVANO LUGO RODRÍGUEZ CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00195 01. Juz. 19.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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**

SILVANO LUGO RODRÍGUEZ demandó a la AFP COLFONDOS S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 6.

- 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 petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 a 7. Efectuó aportes al ISS desde diciembre de 1981 hasta junio de 1996. Se afilió al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., el 24 de junio de 1996. Al momento del traslado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, ni mucho menos le fue expuesto sobre la disminución en el monto de la pensión o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 18 de febrero de 2019 radicó reclamación administrativa ante Colpensiones en la que solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado y la reactivación de su afiliación en el RPM.

### **Actuación procesal**

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

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 59 a 69.

- Se opuso a la nulidad e ineficacia de la afiliación al RAIS, en cuanto a las demás ni se opuso ni se allanó.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación en el ISS, el traslado a Colfondos S.A., la información brindada por la AFP al momento de la asesoría y los aportes efectuado a la administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y genérica.

**COLFONDOS S.A.**, contestó como consta a fls. 81 a 98.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A., 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 del demandante del RPM al RAIS de fecha 24 de junio de 1996. Ordenó a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con la obligación de información al actor y ejercer un buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen.

## **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** manifiesta que no existió falta al deber de información pues la suscripción del formulario es prueba suficiente y cumple con las exigencias legales vigentes al momento del traslado. Señala que Colpensiones no debe asumir las consecuencias de un acuerdo interpartes entre el fondo privado y el afiliado comoquiera que es un tercero ajeno de buena fe. Considera que en el presente caso se violó el debido proceso con la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que se debe tener en cuenta que el actor permaneció 24 años en la AFP y con éste hecho ratificó su intención de permanecer en el RAIS. Precisa que la restitución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual es insuficiente para solventar el derecho pensional reclamado, la decisión del A quo afecta el principio de sostenibilidad financiera del fondo público, máxime si el demandante se encuentra en la prohibición legal contemplada en la Ley 797/2003. En caso de que se confirme la sentencia, solicita se mantenga incólume la condena a la devolución de gastos de administración.

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

**Parte demandante:** Recordó que la decisión se encuentra ajustada a la jurisprudencia de la SL CSJ, al igual que sostuvo que la sola suscripción del formulario de afiliación no acredita el cumplimiento al deber de información por parte de la AFP, razón por la que solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia.

### **Parte demandada:**

**COLFONDOS:** Guardó silencio.

**COLPENSIONES:** Indicó que el traslado de régimen del actor fue válido y cumplió con la normativa vigente para el momento en que se realizó, de igual modo, asevero que no se debe fallar un proceso de esta naturaleza bajo el criterio de Leyes posteriores al momento en que se realizó el traslado y que LUGO RODRÍGUEZ ha permanecido en el RAIS por más de 25 años, lo que acredita que conocía las ventajas y desventajas de afiliarse a los fondos privados, por lo que solicitó se revoque la decisión de primera instancia.

## 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 sus respectivas consecuencias.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 18 de febrero de 2019 (fl. 35), 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 del actor**

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 24 de junio de 1996, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos S.A. (fl. 40).

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

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos, el 24 de junio de 1996 (fl. 40), 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:*

las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor 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 del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Cabe resaltar que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 el afiliado 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 RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, a la que corresponde demostrar que le informó al afiliado 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

---

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.*

*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"

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>. De acuerdo a lo planteado por Colpensiones acerca de la errónea exigencia de medio probatorio diferente al formulario de afiliación, se rememora la sentencia SL CSJ-2817 de 2019, la cual adoctrinó que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones. Al respecto dijo:

*"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".*

Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, entidad que asumió la afiliación efectuada por el demandante, sin que la simple suscripción del formulario sea prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. La AFP no

---

<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"*

acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Colpensiones, no se subsanan por el hecho de que el actor hubiese permanecido 23 años efectuando cotizaciones en el RAIS sin manifestar insatisfacción alguna frente al régimen escogido, pues evidentemente las consecuencias del traslado de régimen y sus inconformidades solo salen a relucir cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión e indaga por los términos en que le será reconocida tal prestación.

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, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>1</sup>, 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 el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, está inmerso en la prohibición legal contenida en la Ley 797/2003 o si cuenta con algún derecho adquirido, 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"*.

Cabe resaltar que la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no viola el debido proceso, ni demás garantías procesales como desafortunadamente lo considera el apelante. Al respecto se rememora la sentencia *C-836 de 2001* del órgano Constitucional, que expuso:

*"La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular. Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema muestra por qué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar*

*reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable”*

Lo anterior significa que el fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia se encuentra en el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a decisiones judiciales fundadas en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, toda vez que el precedente doctrinal es de obligatoria observancia tanto horizontal como verticalmente y debe ser tenido en cuenta en la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consonancia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y control de la actividad judicial.

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la administradora de fondo de pensiones demandada, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

En este sentido, pese a que Colpensiones es un tercero ajeno al acto de afiliación entre el accionante y la AFP, está obligado a recibir como afiliado al Régimen de Prima Media al demandante, debido a que en razón a la declaratoria de nulidad todo debe retornar a su estado anterior Y son las AFP las cuales deben 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 así como los rendimientos generados por los aportes, 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 periodo, con lo cual se garantiza el principio de sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>4</sup>).

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

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$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**

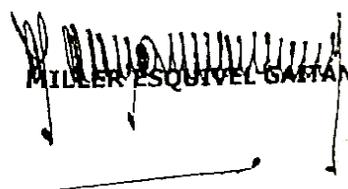
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$908.526) como agencias en derecho.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GAIFÁN

<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.

**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 JANETH USECHE ACEVEDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. Rad. 2019 00201 01 Juz 09.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre 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**

JANETH USECHE ACEVEDO demandó a COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 67 y 68.

- 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.
- Actualización de la historia laboral.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 68 a 70. Nació el 30 de abril de 1964. Se afilió al ISS el 01 de junio de 1988 donde cotizó de manera interrumpida un total de 207 semanas hasta el 01 de diciembre de 1999, fecha en la que se trasladó a Porvenir sin que en ese momento se le informara sobre las implicaciones del traslado de régimen. El 01 de julio de 2017, se afilió a la AFP OLD MUTUAL (actual administradora), persistiendo la falta de información suficiente que le permitiera

entender las consecuencias de los traslados, en la actualidad cuenta con un total de 1.197 semanas cotizadas al sistema de seguridad social. La demandada OLD MUTUAL le informa que, de continuar cotizando hasta los 57 años de edad, su mesada sería equivalente a la suma de \$1.185.600 y en el RPM sería de \$3.010.888 con una tasa de reemplazo del 62.41% de su IBL. En octubre de 2018, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional en aplicación a la jurisprudencia proferida por la SL de la CSJ.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno 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. 99 a 116.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al RAIS, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el art. 48 de la CP, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y genérica.

La **AFP OLD MUTUAL** contestó en los términos del escrito visible a fls.147 a 163.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado al RAIS, la afiliación a esa AFP, las semanas cotizadas y la solicitud de anulación del traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

**PORVENIR S.A.**, contestó en los términos del escrito visible a fls. 241 a 259.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado a esa AFP y solicitud de nulidad de traslado.
- 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 del traslado que realizó la demandante entre el RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir el 29 de octubre de 1999. Condenó a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. A Porvenir le ordenó trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de USECHE ACEVEDO durante la vigencia de la afiliación a ese fondo, y a Colpensiones le ordeno recibirlos y actualizar la historia laboral.

Llegó a tal determinación luego de constatar que del material probatorio no se logró establecer que PORVENIR al momento del traslado le hubiese puesto de presente a la demandante las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como las consecuencias de la decisión de cambio, pues el cumplimiento del deber de información no se garantiza con la simple manifestación que se plasmó en el texto pre impreso del formulario de afiliación. Recalcó que los traslados horizontales no ratifican ni convalidan el traslado inicial, como quiera que la ineficacia no se subsana con el paso del tiempo, pues ello no ocurre cuando aquello que se pretende sanear no ha producido efectos. Frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, 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 la demandante fue consciente de la decisión de cambiarse de régimen ya que Porvenir le brindó la información necesaria para que tomara la decisión que más le convenía. Recalcó que la inconformidad sobre el valor de la mesada no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado e indicó que no es dable la devolución de los gastos de administración, como quiera que son emolumentos autorizados por la Ley, tales sumas cubren a la afiliada en caso de riesgo por invalidez y muerte y ya no están en las arcas de la administradora.

**PORVENIR**, señaló que el formulario de vinculación era el único documento se requería para que la afiliación de la demandante fuese válida según lo expresado por la CSJ. Citó la sentencia SL 1452/2019 e indicó que el deber de información ha evolucionado legal y jurisprudencialmente, por lo que para la fecha en la que aconteció el cambio de régimen, se cumplió con las disposiciones previstas en la Ley 100/93 y el Decreto 663/1993, y solo hasta hace poco se estableció el deber de buen consejo y doble asesoría, por ello no puede desconocerse el principio de irretroactividad de la norma y no es dable exigirle a las administradoras obligaciones que nacieron con posterioridad a la afiliación de USECHE ACEVEDO. Adujó que, con lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, se demostró que para la data de su vinculación a Porvenir contó con la información necesario para tomar la decisión de trasladarse y el hecho de no haberle efectuado una simulación pensional en cada uno de los regímenes, no implica que se haya violado el derecho de información pues la actora ni siquiera tenía un derecho pensional consolidado y la inconformidad en el monto de la mesada pensional no puede ser óbice para declarar la ineficacia del traslado. En cuanto a la devolución de rendimientos y gastos de administración, consideró que no es procedente su traslado a Colpensiones ya no es coherente aplicar parcialmente la figura de la ineficacia, lo que significa que los frutos que generó la cuenta de ahorro individual de la promotora del proceso no se causaron, máxime cuando los rendimientos ya fueron trasladados a Skandia.

**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 declare la nulidad del traslado, máxime cuando al momento del traslado de régimen la demandante no contaba con ninguna expectativa legítima y no era beneficiaria del

régimen de transición para retornar al RPM en cualquier tiempo según la sentencia SU130/2013, circunstancia por la que deberá permanecer en el RAIS. Citó la sentencia con radicado 2016 087 proferida por el Tribunal Superior 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, por cuanto para la fecha en la que se dio el cambio de régimen los fondos privados solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones de esa decisión y fue la demandante quien no mostró interés sobre su situación pensional y por el contrario continuó cotizando al RAIS.

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

PARTE DEMANDANTE: Solicita se confirme la decisión proferida debido a que no demostró la AFP haber cumplido con el deber de información al momento del traslado de régimen pensional de la actora.

PARTE DEMANDADA:

- COLPENSIONES: Pide se revoque el fallo dictado ya que no se probó un vicio en el consentimiento, la demandante no tenía una expectativa legítima ni era beneficiaria del régimen de transición al momento del traslado y su simple inconformidad con el monto de la pensión no es prueba de engaño, además indica que en la actualidad la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para su traslado y ordenarlo generaría una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema.
  
- PORVENIR: Requiere se revoque la sentencia de primera instancia en razón a que el traslado realizado por la demandante fue de forma libre y voluntaria, y es completamente válido por cumplirse con las obligaciones de la época, como se da cuenta del interrogatorio de parte rendido por la actora, además no regresó al RPM a pesar de las múltiples oportunidades que tuvo y el monto de la mesada pensional no es muestra de un vicio en su voluntad. Por otra parte dice que es improcedente ordenar la devolución de los gastos de administración y las sumas pagadas a los aseguradores ya que dichos valores cumplieron su finalidad conforme a la ley y se invirtieron correctamente.

## 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 17 de octubre de 2019 como se desprende de los folios 55 a 66, en la que solicitó a Colpensiones el 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 29 de octubre de 1999 cuando suscribió el formulario de afiliación con PORVENIR (fl. 205) y la posterior afiliación a SKANDIA hoy OLD MUTUAL el 26 de mayo de 2017 a (fl. 117) quien es su actual administradora.

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 PORVENIR no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias. Al respecto encuentra La Sala que si bien la demandante el día 29 de octubre de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR (fl. 205), 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 las

---

<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.*

**Quiénes 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:*

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 como erradamente lo afirman las recurrentes. 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 (en este caso PORVENIR) 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

---

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.*

*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"*

verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico que claramente puede ocasionarle un perjuicio irremediable a la actora en su futuro pensional, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estribar la correspondiente mesada. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, 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 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 el apoderado de Colpensiones.

Nada de lo anterior demostró la PORVENIR, entidad que asumió la afiliación al RAIS, ni la administradora OLD MUTUAL a la que la actora se afilió con posterioridad, ya que las dos 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

---

<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"*

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 si bien ha evolucionado gracias al desarrollo jurisprudencial y no se desconoce el principio de irretroactividad de las normas, lo cierto es que ahora Porvenir no puede excusarse en tal circunstancia para no cumplir con sus obligaciones como administradora de los aportes de la afiliada, y si bien USECHE ACEVEDO mencionó en el interrogatorio de parte algunas características del RAIS, 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 la trabajadora quizás hubiese sido distinta.

Por otra parte, PORVENIR se limitó a manifestar que para el momento del traslado no le era exigible documentar la información o la asesoría verbal brindada a la afiliada, pues era suficiente con la suscripción del formato de afiliación, no obstante, este argumento lo que demuestra es su falta de interés al momento de cumplir con el compromiso de orientar a sus afiliados en la información **comprensible, transparente, clara, veraz, oportuna y verificable**, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos, y en ese orden se advierte que el actuar de PORVENIR constituye una falta a su obligación de adoptar un sistema de información frente al demandante quien estaba en la obligación no solo de velar por recibir un nuevo afiliado, sino que también debía prestar cuidado en no afectar los derechos de este (SL1688-2019), ya que no es suficiente la manifestación de haber cumplido con el deber de información si no existe una prueba que lo respalde, 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, es de precisar que la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones ha indicado que el deber de información en cabeza de las administradoras **siempre ha existido** (SL1452-2019) y es por esto, que el argumento de que la demandante al

momento de trasladarse a OLD MUTUAL era consciente de cuáles eran las características del RAIS, no es razón suficiente para convalidar su decisión de cambio, pues para que se considere que la elección de régimen pensional sea libre y voluntaria, esta debe estar revestida de la suficiente información y conforme lo previsto en el literal b del art. 13 de la Ley 100/1993 y es la administradora quien debe brindar un panorama completo de las ventajas y desventajas de pertenecer al régimen que administra, pues de lo contrario el consentimiento vertido en el formulario resulta no ser informado.

En lo que respecta a la falta de diligencia y al actuar desinteresado de la demandante, lo que La Sala advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas a la entidad que administra el régimen de ahorro individual, en este caso Porvenir, pues claramente ha incumplido con sus deberes especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el afiliado de cara al producto y servicio ofrecido.

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 que imposibilitaron a USECHE ACEVEDO 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 la demandante era o no beneficiaria del régimen de transición o si contaba con una expectativa legítima, y que no es viable ahora aplicar el precedente jurisprudencial de nuestro máximo órgano de cierre, pues se aclara que tal como 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)

**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, 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 a los gastos de administración y los rendimientos financieros alegados por la AFP PORVENIR, esta expone que tal rubro ya fue trasladado a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, no obstante, la AFP en el recurso justifica el descuento de este concepto por estar establecido en la ley. En ese orden, no se tiene certeza si este concepto ya lo trasladó a OLD MUTUAL, por ende, la decisión del A quo no se modifica, y en caso de que OLD MUTUAL ya cuente con ellos, se tendrá por satisfecho lo ordenado por la 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**

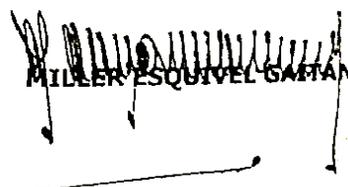
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de 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

  
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 FRANCY CECILIA BERNAL ROLDÁN  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 2019 00267 01 Juz 34.**

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**

**FRANCY CECILIA BERNAL ROLDÁN** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **PORVENIR S.A.**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 39 y 40.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 37 a 39. Nació el 30 de marzo de 1958. Inició sus aportes al ISS el 19 de octubre de 1984 donde cotizó de manera ininterrumpida hasta el 19 de octubre de 1994, data en la que se trasladó a la AFP PORVENIR, momento en el que no se le brindó información suficiente, clara y concisa de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, no se le mencionó de las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional y tampoco se le efectuó una proyección pensional para que tomará la decisión que más le convenía. El 04 de enero de 2019, Porvenir le informó que su mesada ascendería a la suma de \$828.716 a los 57 años de edad, con 1388 semanas, un capital ahorrado de \$132.895.963 y aplicando una tasa de reemplazo del 26.92%, mientras que en

Colpensiones se le aplicaría una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBC teniendo en cuenta los últimos diez años de cotización. En el año 2019, solicitó a la AFP la nulidad del traslado y a Colpensiones el traslado de régimen, peticiones que fueron negadas por las demandadas.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro 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. 82 a 92.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, la solicitud de nulidad del traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin causa y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 122 a 145.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la afiliación a esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación 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 nulidad del traslado realizado por la demandante al RAIS efectuado el 19 de octubre de 1994, a través de la afiliación a PORVENIR S.A. Condenó a la AFP Porvenir a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de BERNAL ROLDÁN, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos o intereses o rendimientos que se hubieren causado y a Colpensiones le ordenó recibirlos. Llegó a esa determinación al constatar que Porvenir no cumplió con el deber de informar a la demandante sobre las consecuencias que le acarrearía

el traslado de régimen, siendo la AFP la responsable de brindar una asesoría completa y suficiente para que la decisión de cambio estuviese conforme lo dispuesto en el literal b del art. 13 de la Ley 100/93. Indicó que BERNAL ROLDÁN no contó con información objetiva, comparada y suficiente pues no se le pusieron de presente las ventajas y desventajas que acarrearía la decisión de cambio, aunado a que el formulario resulta insuficiente para probar que la afiliación de la actora haya sido libre y voluntaria, ya que lo plasmado en tales documentos no corresponde al consentimiento informado de la afiliada, ya que los mismos son solo formatos preimpresos según lo expresado por la jurisprudencia de la CSJ. Señaló que Porvenir no aportó ninguna prueba que acreditara el cumplimiento de las obligaciones previstas en el inciso 5 y 6 del art. 15 del Decreto 656/94, al no entregar a la demandante el reglamento de funcionamiento de la entidad y su plan de pensión, circunstancias que conllevan a declarar la nulidad del traslado del RAIS al RPM. Respecto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, la declaró no probada por cuanto la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen al estar estrechamente ligada con un derecho pensional, es imprescriptible.

### **Recurso de Apelación.**

La **AFP PORVENIR**, manifestó que para el momento del traslado (1994) no era deber de la AFP elaborar proyecciones pensionales, ya para esa data no hubiese sido posible una simulación de pensión, como quiera que no se tenía certeza de los rendimientos que pudiese generar la cuenta de ahorro individual de la demandante y de las distintas variables que se pudieran presentar a lo largo de la afiliación de la actora. Señaló que el deber de información que se exige en la actualidad, solo se implementó con la Ley 1748/14, ya que lo único que se exigía para la fecha del traslado era la voluntad por escrito de la afiliada, más no un soporte de la información que se le había brindado, pues esta se hacía de manera verbal. Indicó que BERNAL ROLDÁN cuando se afilió a Porvenir, no contaba con ninguna situación especial para que tal decisión de cambio le hubiese generado algún perjuicio, aunado a que no se debe invertir la carga de la prueba, ya que para aplicar la jurisprudencia de la SL CSJ debe analizarse cada caso en concreto, teniendo en cuenta que la afiliada en el asunto suscribió el formulario de afiliación y permaneció por más de veinte años en el RAIS, actuar que ratificó la decisión de traslado de la demandante. Concluyó que la AFP cumplió con el deber de información que le asiste al entregar a la actora los extractos de sus aportes y poner a disposición de la afiliada los distintos canales de atención para preocuparse por su situación pensional desde el momento de su afiliación y no tiempo después.

**COLPENSIONES**, pide se revoque la decisión, como quiera que no es dable exigirle a la AFP el cumplimiento al deber de información, pues este nació con la Ley 1478/14, por lo que para 1994 data para la cual la actora se trasladó a Porvenir, los fondos no estaban obligados a brindar información detallada, ya que solo se requería el consentimiento de la afiliada vertido en el formulario de vinculación. Adujó que la inconformidad de la afiliada recae únicamente en el monto de la mesada pensional que se le reconocería en el RAIS, circunstancia que no es óbice para declarar la nulidad del traslado y en caso de concederse el retorno de la demandante al RPM se descapitalizaría el fondo común del régimen que administra Colpensiones, máxime cuando no cumple con los requisitos señalados en la sentencia SU 062/10 para permitir su retorno al RPM en cualquier tiempo, por lo que tal decisión atentaría contra el principio de equidad.

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

#### **Parte demandante:**

#### **Parte demandada:**

**AFP PORVENIR**, presenta inconformidad con la decisión adoptada por el A quo, al no probarse la existencia de vicios del consentimiento para que se declarara la nulidad del cambio de régimen tal como prevé el Código Civil, situación por la que consideró que el demandante contó con la información suficiente para que su elección de traslado fuese libre e informada. Afirmó que no es dable la devolución de los gastos de administración y sumas por concepto de seguros previsionales, como quiera que los primeros tienen por mandato legal una destinación específica y la comisión a la aseguradora ya fue pagada a la entidad por el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte con los que estuvo cobijada la actora durante su afiliación.

**COLPENSIONES**, indicó que no es procedente recibir a la demandante en el RPM, como quiera que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en el art. 2 de la Ley 797/2003 ni tampoco se probó la existencia de vicios del consentimiento para considerar que la AFP incumplió con el deber de información que le asistía y en caso de haber existido, el mismo fue saneado con el paso del tiempo. Adujó que la actora no cumplió con la carga de la prueba, pues no basta con su dicho ya que, para este tipo de procesos, se requiere que se acredite esa omisión que alega, de lo contrario se presume que el traslado de régimen de hizo de forma consciente, libre y voluntaria. Concluyó que, de confirmarse la sentencia,

se tenga en cuenta que la decisión genera una descapitalización en el RPM y pone en riesgo a los demás afiliados del régimen.

## **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 de la demandante.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 7 de marzo de 2019 (fl. 4 y 5), en el que solicitó el retorno al RPM 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 adscrita al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 19 de octubre de 1994 cuando solicitó su vinculación a PORVENIR, según formulario que reposa a folio 10. En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó RAIS, ya que cuando tomó tal decisión no se le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 19 de octubre de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR (fl. 10), 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.**

las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la promotora del proceso, para esta Sala el diligenciamiento de tal 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, voluntaria e informada** de la afiliada. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia al momento del traslado, es que la AFP suministre información **veraz, suficiente y clara** en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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 (en este caso PORVENIR) 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 que claramente puede ocasionarle un perjuicio irremediable a la demandante en su

---

*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.*

*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”

futuro pensional, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estribar la correspondiente mesada; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, 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 y no de forma automática como lo afirma el apoderado de Porvenir (SL4811-2020<sup>3</sup>, SL4373-2020, SL1688-2019<sup>4</sup>), pues le corresponde a la AFP demostrar que le informó a BERNAL ROLDÁN 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>5</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La AFP PORVENIR, se limitó a manifestar que puso a disposición de la afiliada los distintos canales de atención tanto virtuales como presenciales, para que solicitará información sobre su situación pensional durante la vinculación al RAIS, pero ella no lo hizo y que la toda la información brindada a la demandante fue verbal, no obstante, estos argumentos lo que demuestran es precisamente la falta de interés de Porvenir al momento de cumplir con el compromiso de orientar a sus afiliados en la información **comprensible, transparente, clara, veraz, oportuna y verificable**, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos,

---

<sup>3</sup> Corresponde a la administradora del fondo de pensiones demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información y su acreditación no al afiliado.

<sup>4</sup> Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

<sup>5</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”

y en ese orden se avizora que el actuar de esa AFP constituye una falta a su obligación de adoptar un sistema de información frente a la promotora del proceso desde el momento en que se vinculó con esa administradora y después, ya que es ella quien está en la obligación no solo de velar por recibir un nueva afiliada, sino que también debía prestar cuidado en no afectar los derechos de esta (SL1688-2019), ya que no es suficiente la manifestación de haber cumplido con el deber de información si no existe una prueba que lo respalde, sin que sea suficiente como ya se indicó la suscripción del formulario de vinculación, 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.

Insuficiencias que no se subsanan con el tiempo de permanencia por más de 20 años en el RAIS, ni con el hecho de remitirle a la demandante los extractos de su cuenta de ahorro individual, pues estas circunstancias si no provienen de la elección libre, voluntaria e **informada** de la afiliada, acompañada de una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes, la cual si es posible realizar contrario a lo que afirma Porvenir, al actuar el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión, para que de esa manera pudiera escoger el régimen que más le convenía, no obstante, lo que La Sala advierte es que lo manifestado por Porvenir resultó infructuoso 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 la trabajadora quizás hubiese sido distinta, ya que en ese momento se advertiría el menoscabo en la cuantía de la prestación.

También es importante precisar que la administradora debe probar el cumplimiento al deber de información al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber **siempre ha existido** (SL1452-2019<sup>6</sup>), por lo que no es dable entender que este solo nació con la expedición de la Ley 1748/14 y el Decreto 2071/15, porque tal como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, tal obligación ha estado vigente desde la expedición del sistema general de pensiones, por lo que en el asunto es evidente que a BERNAL ROLDÁN no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la afiliación con la AFP, y es por ello que solo hasta el momento en se encontró a puertas de alcanzar la edad para solicitar su reconocimiento pensional, fue que

---

<sup>6</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.

evidenció que no conocía de las verdaderas consecuencias que le había acarreado su decisión de cambio de régimen.

Ahora, 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 que imposibilitaron a FRANCY CECILIA BERNAL 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 la demandante cuenta o no con una situación especial o si supera los requisitos para retornar al RPM en cualquier tiempo (SU 062/10) como lo señalan los apelantes, 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)

Finalmente, en cuanto a la descapitalización alegada por COLPENSIONES, es de recordar que esta situación no se perfecciona, por el contrario se garantiza que se mantenga en equidad a la administradora, pues 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>7</sup>) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), ya que 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 a los fondos privados 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>8</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

<sup>7</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>8</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."

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$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. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de septiembre 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 cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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 BERTHA LUCIA NOSSA NÚÑEZ  
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTIAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad.  
2019 00309 02 Juz 08.**

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre 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**

BERTHA LUCIA NOSSA NÚÑEZ demandó a PORVENIR, COLFONDOS y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folio. 2.

- Nulidad e ineficacia 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 folios. 2 a 3. Nació el 28 de abril de 1957, manifiesta ser beneficiaria del régimen de transición. Se trasladó a Porvenir S.A. el 17 de abril de 1998 y posteriormente el 01 de agosto de 1999 se trasladó a Colfondos S.A., entidad a la cual ha estado cotizando hasta la actualidad. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias como capitalización. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la de adquirir su derecho pensional. Solicitó la nulidad de su traslado ante Colfondos y Porvenir el 20 de diciembre de 2018, y ante Colpensiones el traslado de régimen pensional el 21 de diciembre de 2018.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad (folio 74) y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones, Colfondos y Porvenir, contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en folios. 103 a 107.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que era beneficiaria del régimen de transición según el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y la solicitud realizada a esta entidad.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, en los términos del escrito visible en folios. 117 a 129.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha en que se trasladó a Colfondos, y la petición que le fue realizada.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica o innominada, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 156 a 175

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho de los planteados en la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y excepción 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, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó a través de la AFP Porvenir el día 17 de abril de 1998, es decir, siempre permaneció la actora en el régimen de prima media con prestación definida y ordenó a la AFP COLFONDOS devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos de administración debidamente indexados, sumas adicionales, los intereses y los rendimientos causados, y a Colpensiones le ordenó aceptarlos y efectuar los correspondientes ajustes en la historia pensionales de la actora. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (Porvenir) no demostró haber cumplido con el deber de información en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado de régimen, esto debido a que solo aportaron al proceso el formulario de afiliación de la actora al fondo privado y el interrogatorio de parte a la demandante en la que se evidenció que solo se brindó una información muy general de las características del régimen. Por último, que al estar la nulidad de traslado relacionada con los derechos pensionales de la actora no opera la prescripción ante esta situación.

## **Recurso de apelación**

**La demandada COLFONDOS** pidió que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia en lo relacionado a la devolución de gastos de administración debidamente indexados y sumas adicionales debido a que esta entidad no tuvo ninguna gestión o injerencia al momento de realizarse el traslado de régimen pensional, actuando de buena fe, además de que ordenar la devolución de dichos valores de forma indexada generaría un detrimento al patrimonio propio de la AFP ya que los aportes no han perdido su valor adquisitivo y por el contrario han producido rendimientos. Se desconocen las restituciones mutuas, generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, la demandante y terceros no intervinientes en el proceso en razón a que no se tienen en cuenta las buenas gestiones realizadas por Colfondos y los pagos hechos para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la afiliada, valores que no están destinados para resguardar la pensión de vejez.

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

**Parte demandante:** No se pronunció en esta etapa procesal.

### **Parte demandada:**

- **COLPENSIONES:** Requiere se revoque el fallo proferido porque la demandante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria, sin presentarse vicio en el consentimiento que pueda generar nulidad o ineficacia de dicho acto, debido a que el fondo cumplió con el deber de información que se le exigía para la época del traslado, además que la parte actora no probó lo pretendido con la demanda y ordenar su vinculación al RPM generaría una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema.
- **PORVENIR:** Solicita se revoque la decisión de primera instancia ya que no se probaron causales de vicio en el consentimiento, nulidad o ineficacia o en el traslado de régimen pensional realizado por parte de la demandante, la AFP cumplió con su carga probatoria, demostrando que brindó la información

suficiente y pese a que se garantizó el derecho al retracto la actora verificó su voluntad de permanecer en el RAIS. Indica que en el caso de confirmarse la sentencia se debe trasladar únicamente el saldo y rendimientos de la cuenta de la cotizante, ordenar entregar valores distintos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

- **COLFONDOS:** Guardó silencio en este momento 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 y el traslado del capital acumulado junto con los rendimientos.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada a Colpensiones el 21 de diciembre de 2018 (folios. 16 y 17), y el 20 de diciembre de 2018 ante Porvenir (folio. 33) y Colfondos (folio. 35), 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 de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 17 de abril de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR S.A. (folio. 176), y posteriormente a Colfondos (folio. 130) desde el 21 de agosto de 1999 hasta la actualidad.

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

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Con relación a esto, si bien la actora el 16 de noviembre de 2004 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 176), 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 las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala 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 demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la

<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.*

*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)*

solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

En vista que se trata de una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 el afiliado 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 régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, 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, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado 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.

---

<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"*

<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*

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad esta que asumió la afiliación que hizo la demandante, ni las otras demandadas en el proceso, ya que allegaron el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y la declaración rendida por esta, en la que dice haber hecho el traslado de forma voluntaria y haber recibido una explicación general del régimen pensional; lo cual, a pesar de que no se tachó de falso el documento público, no acredita haber expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, que es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019) y es por esto por lo que el argumento de permanencia por varios años en el RAIS no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión del cambio de régimen.

Se debe tener en cuenta 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 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 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>4</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado,

---

*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"*

<sup>4</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.*

(...)

no con posterioridad debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto, o si cuenta con algún derecho adquirido o 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”*. Por lo tanto, para esta Sala no se tiene en discusión la capacidad legal que tenía el actor al momento de realizar el traslado para decidir sobre la validez del negocio jurídico, sino se mira es el entendimiento que tenía el demandante de este y las consecuencias de su actuar con base al deber de información que debía brindar la AFP.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración dentro de los que se encuentra las primas de seguro y los dineros destinados a generar rendimientos, impartida en contra de la AFP Colfondos, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Colfondos a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que

---

*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).*

le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración. Son las AFP las que deben 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, que deben ser entregados de forma indexada, y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, 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 periodo, con lo cual se evita un enriquecimiento sin justa causa o un perjuicio para la entidad o la demandante y se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020).

*"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."*

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para Colfondos.

### **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 Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Colfondos. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a la entidad.

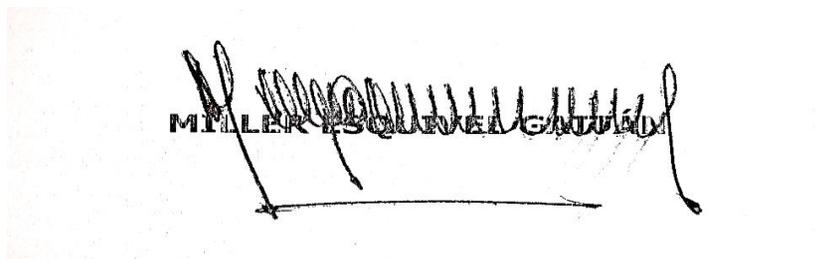
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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 MARITZA PALENCIA DÍAZ CONTRA SODEXO S.A.S. Rad. 2019 – 00324 - 01 Juz. 18.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de Octubre 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**

**MARITZA PALENCIA DÍAZ** demandó a **SODEXO S.A.S.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 153 a 154.

- Existencia de contrato de trabajo.
- Reintegro.
- Salarios.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Indemnización del Art. 26 Ley 361/1997.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5. Se vinculó mediante contrato de trabajo a término fijo el 25 de mayo de 2007, para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales con un salario mensual inicial de \$451.200 que ha venido en aumento hasta la suma de \$785.150. Indicó que fue diagnosticada con síndrome del túnel carpiano bilateral, enfermedad calificada de origen profesional.

El 8 de febrero de 2018 se sometió a dos procedimientos quirúrgicos en busca de mejoramiento de su condición de salud y se le generó una incapacidad de 30 días. El 15 de marzo de 2018 la IPS Suramericana S.A. le ordenó 10 sesiones de fisioterapia, las cuales se programaron entre el 12 de abril y el 27 de abril de 2018. El 10 de abril de ese año la demandada a pesar de conocer su estado de salud dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo suscrito entre las partes y canceló la liquidación de prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa el 24 de abril de 2018. Continuó con su tratamiento mediante 10 sesiones de terapia ocupacional desarrolladas entre el 10 de mayo y el 30 de mayo de 2018, misma fecha en que mediante certificado médico laboral se indicó que la paciente presentaba patología osteomuscular. La demandada no solicitó autorización al Ministerio del Trabajo para despedir a la trabajadora. Radicó acción de tutela en busca de la protección de sus derechos fundamentales, sin embargo, mediante sentencia del 30 de abril de 2018 el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá denegó el amparo solicitado, decisión confirmada el 12 de junio de 2018 por el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 10 de diciembre de 2019 (fl. 155) y corrido el traslado, la accionada **SODEXO S.A.S.** contestó en los términos del escrito visible a folios 163 a 175.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la existencia de la relación laboral, el cargo, los salarios percibidos, la existencia y origen de la patología, la incapacidad derivada de los procedimientos quirúrgicos, la terminación del contrato y el pago de la liquidación e indemnización, el contenido del certificado médico de retiro, la falta de autorización de despido del Ministerio de Trabajo, la radicación de la acción de tutela y las sentencias de primera y segunda instancia.
- Formuló como excepciones de mérito; Prescripción, Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y buena fe por parte de la demandada.

## **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR** que el contrato de trabajo existente entre la señora **MARITZA PALENCIA DÍAZ**, en calidad de trabajadora, y la sociedad **SODEXO S.A.S.** en calidad de empleador, estuvo vigente entre el 25 de mayo de 2007 hasta el 10 de abril de 2018, desempeñando como último cargo de Auxiliar de Servicios Generales, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

**SEGUNDO: ABSOLVER** a la sociedad demandada **SODEXO S.A.S.**, de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la Sra. **MARITZA PALENCIA DÍAZ**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** Dado el resultado de la Litis, el Despacho se releva del estudio de los medios exceptivos propuestos.

**CUARTO: COSTAS** a la parte vencida parte demandante señalando como agencias en derecho la suma de \$500.000.

**QUINTO: Contra** la presente decisión, procede el recurso de apelación."

Llegó a esta determinación luego de corroborar que, si bien la enfermedad existió y la demandante fue sometida al tratamiento correspondiente, dicha patología no afectó el desarrollo de sus actividades con normalidad conforme lo manifestó la testigo Olga Lucía Molina. Además, para la fecha de la finalización de la relación laboral no existían incapacidades vigentes o dictamen de pérdida de capacidad laboral, situación confirmada por el interrogatorio realizado al representante legal, de tal modo que conforme a la jurisprudencia vigente no puede aplicarse la presunción de que la terminación del contrato se dio en razón a la condición de discapacidad que ostentaba, comoquiera que para ese momento desarrollaba sus labores con normalidad.

## **Recurso de Apelación**

La parte demandante aseguró que en el curso del proceso se demostró la afectación de salud que sufrió, el origen de la enfermedad y que el despido fue discriminatorio

y se basó en las limitaciones laborales sufridas por su patología, indicó que para proceder al despido de la trabajadora conforme a sus condiciones de salud la empresa debía contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, requisito que no se acreditó.

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

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada:** Solicita en síntesis que se confirme la sentencia, como quiera que el finiquito del vínculo laboral no correspondió al estado de salud de la trabajadora.

**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 la demandante es beneficiaria de la garantía de la estabilidad laboral reforzada y por ende, su despido efectuado el 10 de abril de 2018 es ineficaz.

**Estabilidad laboral reforzada.**

Frente a la estabilidad laboral reforzada y 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 ésta 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 SL 11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno<sup>1</sup>.

En las documentales allegadas por el demandante se pueden encontrar; certificado de existencia y representación legal de la demandada (Fls. 49 a 53 y 359 a 365), escrito de tutela del 13 de abril de 2018 dirigido al Juzgado Penal Municipal (Fls. 8 a 18), fallo del 30 de abril de 2018 emitido por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá donde fue denegado el amparo constitucional solicitado (Fls. 19 a 28), escrito de impugnación de tutela del 3 de mayo de 2018 (Fls. 29 a 40), fallo de segunda instancia del 12 de junio de 2018 emitido por el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá que confirmó la decisión de 1ra instancia (Fls. 43 a 47), certificación laboral del 22 de mayo de 2018 expedida por Sodexo S.A.S. donde consta el tiempo laborado y el cargo desempeñado (Fl. 54), contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el 24 de mayo de 2007 (Fls. 55 y 56), carta emitida el 10 de abril de 2018 por Maritza Cano Cuenca, jefe de recursos humanos de Sodexo S.A.S. donde se notificó a la trabajadora la culminación de la relación laboral, con firmas de testigos Graciela Díaz y María Clea Sotelo (Fl. 57), certificado médico laboral de retiro emitido por Fredy

---

<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)”

Ricardo Camacho Roa como médico evaluador (Fl. 58 y 357), historia laboral de semanas cotizadas de la demandante en AFP PROTECCIÓN (Fls. 59 a 62), hoja quirúrgica emitida por la Clínica la Sabana S.A. del 10 de mayo de 2014 (Fl. 63), carta del 4 de febrero de 2014 emitida por la ARL SURA dirigida a EPS COMPENSAR donde se indica que la patología sufrida por la demandante es una STC BILATERAL (Fl. 64), carta de recomendaciones para el desempeño laboral del 5 de marzo de 2014 (Fl. 65), así como actualización de las mencionadas recomendaciones del 25 de julio de 2016 firmadas por Carolina Ochoa Rojas (Profesional asesora de reintegro laboral) e Irida Cavanzo (Médica laboral) (Fls. 66 y 67), carta del 10 de septiembre de 2018 emitida por ARL SURA (Fl. 68), valoración pre anestésica No. 25632 del 5 de febrero de 2018 emitida por la Clínica Mediport (Fl. 69), epicrisis quirúrgica No. 44623 del 8 de febrero de 2018 emitida por la Clínica Mediport (Fls. 70 y 71), orden de fisioterapias emitida por la ARL SURA el 15 de marzo de 2018 junto al soporte de citas asignadas (Fls. 72 a 75), recomendaciones de consulta de fisioterapia del 4 de mayo de 2018 donde indica que debe tener 10 sesiones de TO (Fl. 76), historias clínicas de la demandante del 19 de marzo de 2014 (Fl. 77), al igual que del 28 de abril de 2018 (Fl. 78) y del 29 de abril de 2014 (Fl. 79), captura de pantalla de historia clínica del 20 de mayo de 2014 (Fls. 80 y 81), controles de especialista y recomendaciones médicas (Fls 82 a 92), historias clínicas del 3 y 8 de julio de 2014 revisión médico general (Fls. 93 y 94), 14 de julio de 2014 fisioterapia (Fl. 95), 22 de julio de 2014 revisión médico general (Fl. 96), 29 y 31 de julio de 2014 fisioterapia (Fls. 97 y 98), 1, 4, 6, 89, 11, y 13 de agosto de 2014 fisioterapia (Fls. 99 a 104), revisiones médico general (Fls. 105- 120), 22 de marzo de 2018 revisión médico general donde se refiere que se emitieron recomendaciones (Fl. 121), y resumen tratamiento de rehabilitación emitidos por la ARL SURA (Fls. 122 a 150). Por otra parte, la demandada allegó informe histórico detallado emitido por el Software SuAporte respecto de aportes a seguridad social realizados (Fls. 176 a 285), listado acumulado de pagos por empleado (Fls. 286 a 351), certificados médico ocupacional de las siguientes fechas; 19 de mayo de 2012 (Fls. 352 y 353), 26 de septiembre de 2014 (Fl. 354), 25 de febrero de 2015 (Fl. 355) y 30 de abril de 2016 (Fl. 356) y liquidación de contrato de trabajo del 24 de abril de 2018, por valor total de \$1'846.520 (Fl. 358).

En el interrogatorio de parte absuelto por la demandante **MARITZA PALENCIA DÍAZ**, ella indicó que la demandada pagó lo concerniente a seguridad social durante la vigencia del contrato, que no le respetaron las recomendaciones médico laborales

porque ella entregaba los soportes, pero la coordinadora le decía que “debía cumplir con el trabajo” y que no tenían donde reubicarla porque no contaba con estudios para desempeñar funciones de oficina. Sostuvo que no tenía comunicación directa con la compañía, sino que todo era por intermedio de la coordinadora, a quien le debía informar las novedades, las cuales comunicó por escrito y de forma verbal sin obtener solución. Afirmó que fue calificada por la ARL con porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 11% y después de 21%, que dichos porcentajes fueron emitidos por escrito. Explicó que previo a su cirugía el 8 de febrero de 2018, informó a la coordinadora y le entregó la incapacidad en la sede de la 26, después de realizado el procedimiento. El 10 de abril de 2018 (día del despido) no se encontraba incapacitada, laboró unos días después de terminada su incapacidad y ahí le entregaron la carta. Aclaró que no está discapacitada, pero que padece dolencias en la mano y por eso asiste a terapias constantemente. Acepta que le cancelaron la indemnización por un valor aproximado de \$1.800.000.

Del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Sodexo S.A.S., se resalta que la patología sufrida por la demandante fue conocida por la compañía en el año 2014. Afirmó que la demandante trabajó sin inconvenientes ni recomendaciones laborales después de la cirugía que le fue practicada y fue hasta el año 2018 que la intervinieron nuevamente y emitieron recomendaciones por un periodo específico (no recuerda fechas), la empresa las acató y luego la trabajadora continuó desempeñando sus labores con normalidad. Sostuvo que le practicaron exámenes médicos periódicos durante la vigencia del contrato sin que se emitiera alguna recomendación. No conoció el dictamen del certificado médico de retiro. Andrea Barón (administradora para ese momento) fue quien le notificó a la trabajadora la terminación del contrato de trabajo y no sabe la razón por la que la actora se rehusó a firmar la carta de despido. Agregó que el despido obedeció a razones administrativas y por eso se le canceló la indemnización por despido sin justa causa. Dijo que para esa fecha la accionante no estaba incapacitada, así como tampoco existía dictamen de pérdida de capacidad laboral al momento de culminar el contrato e indicó que existió una valoración de la ARL en el 2014, consistente en determinar el origen de la enfermedad, pero no existió porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

La testigo **OLGA LUCÍA MOLINA BAUTISTA**, (administradora de contratos de la compañía) indicó que no conoció a la demandante directamente, sin embargo,

conoció de la demanda e hizo una indagación preliminar. Logró conocer que la actora tuvo una cirugía en 2014 por un problema del túnel carpiano que derivó en terapias, la última incapacidad presentada fue de febrero a marzo del 2018. No presentó ningún documento donde se observarían impedimentos, programación de terapias o recomendaciones que afectarían sus labores, así como al momento del despido no tenía ninguna incapacidad vigente. Manifestó que realizó una validación con las coordinadoras de operación y ellas afirmaron que acataron todas las recomendaciones laborales (no conoce en qué fecha fueron emitidas). No reportó ningún porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Afirmó que se le pagó a cabalidad la indemnización por despido sin justa causa. Por otro lado, no sabe cuántos exámenes médicos ocupacionales le fueron practicados a la actora. Señaló que algunas de las recomendaciones médicas se centraban en no realizar sobreesfuerzo, tener control en los movimientos repetitivos y no hacer cargas de peso. Explicó que el procedimiento para que la empresa conozca sobre incapacidades, enfermedades o recomendaciones médicas es que el trabajador debe hacer llegar a su jefe inmediato todos los conceptos médicos que le hayan entregado, para así informarle a las personas encargadas en la compañía. Mencionó que la cirugía practicada a la demandante en el 2014 fue un éxito por los comentarios de las coordinadoras y porque no le hicieron entrega de recomendaciones, por el contrario, siguió desempeñando sus labores con normalidad.

Precisado lo anterior, y para resolver el asunto, se tiene que la demandante suplica la aplicación de la garantía por estabilidad laboral reforzada en razón que su enfermedad es de origen profesional, que su proceso de recuperación se vio afectado por cuanto la demandada no respetó las recomendaciones médico laborales emitidas al momento de sus dos cirugías, hecho que derivó en el despido injusto el 10 de abril de 2018, y con el consecuente pago realizado a título de indemnización. Conforme la carta del 4 de febrero de 2014 emitida por la ARL SURA dirigida a EPS COMPENSAR (fl. 64) donde indica que la patología sufrida por la demandante es una STC BILATERAL, cuyo origen es profesional conforme dictamen del 29 de octubre de 2013, así como también carta de recomendaciones para el desempeño laboral del 5 de marzo de 2014 dirigida a Sandra Saavedra (jefe nacional de HSE de Sodexo) firmada por Irida Cavanzo (Médica laboral) (Fl. 65), la actualización de las mencionadas recomendaciones del 25 de julio de 2016 firmadas por Carolina Ochoa Rojas (Profesional asesora de reintegro laboral) e Irida Cavanzo (Médica laboral) (Fls. 66 y 67), permiten tener certeza de la condición de salud del síndrome del túnel

carpiano bilateral y el origen de la misma, sin embargo, no obra en el plenario prueba alguna que demuestre el incumplimiento de la demandada en lo que respecta a las recomendaciones laborales en mención. La testigo **Olga Lucía Molano** y la representante legal de la sociedad, tuvieron conocimiento de la enfermedad y los procedimientos quirúrgicos a los que se sometió la demandante, y si bien el origen de la patología nunca fue controvertido o discutido, conforme a las declaraciones quedó acreditado que se cumplieron en debida forma todas y cada una de las recomendaciones médicas, y además la empresa efectuó la reubicación o reasignación de la actora a un cargo diferente al que venía desempeñando en vigencia del vínculo laboral.

Ahora, en cuanto a la situación de salud de la actora al momento de la notificación del despido, la Sala advierte que en esa data no existía incapacidad vigente o dictamen de porcentaje de pérdida de capacidad laboral emitido, lo que se corrobora con la documental allegada por la demandante, en la que se evidencia que la incapacidad expedida al momento de la última cirugía a la que fue sometida (8 de febrero de 2018) es por 30 días, los cuales se cumplieron el 9 de marzo de ese año, además, de lo mencionado por PALENCIA DÍAZ en su interrogatorio de parte, se tiene que la misma fue enfática en indicar que para ese momento estaba en trámite de realizar unas fisioterapias, pero no estaba incapacitada y si bien asevera que se le dictaminó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la notificación del dictamen emitido por la ARL (Folio 64), menciona que el origen de la enfermedad es profesional, pero en ningún momento se hizo alusión a un porcentaje, como tampoco se avizora en las recomendaciones médico laborales (Fls. 65 a 67) que exista una determinación de la pérdida de la capacidad laboral. Por ende, para el momento en que se dio el finiquito laboral no existía ninguna condición de salud apremiante que impidiera a la demandada tomar esa decisión. Así mismo, en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la demandada y confirmado por la actora en su oportunidad, se resalta que ella estaba trabajando con normalidad al momento de la culminación del contrato, por lo tanto, no se puede presumir que el despido haya sido en razón a una conducta discriminatoria de SODEXO S.A.S. o que el mismo no obedece a una razón objetiva, tal y como lo expone la Corte Suprema de Justicia y es aceptado por las partes en precedencia.

En ese orden, se concluye que el despido se realizó sin justa causa con el consecuente pago de la indemnización, conforme lo dispone la Ley, y si bien la Sala

no desconoce la enfermedad de la demandante, la que persistía al momento de la terminación del contrato, lo cierto es que ella mostró una mejoría, lo que se ratifica con los múltiples reportes, historias clínicas y controles médicos. Además, la cirugía realizada en la mano izquierda el 8 de febrero de 2018, permitió la recuperación de dicha extremidad, mejoría que también se verifica con el concepto de los ortopedistas y la asignación de terapias adicionales para culminar el plan de mejoramiento, procedimiento que se llevó a cabo igualmente en la otra mano. Con lo que se determina en efecto existió una mejoría ostensible en la condición de salud de la trabajadora.

Así las cosas, y como quiera que las manifestaciones de la demandante no son prueba suficiente para acreditar las presuntas irregularidades al momento del despido y al quedar evidenciado que ella continuó ejerciendo sus labores con normalidad, se concluye que su estado de salud no fue la causa para dar por terminado el contrato.

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526.

### **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 emitida el 23 de noviembre de 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS:** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526.

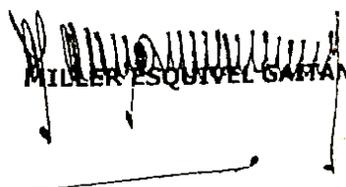
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**



**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 MARÍA CLEMENCIA GÓMEZ ÁNGULO  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS y AFP  
PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 – 00335 - 01 Juz. 32.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 CLEMENCIA GÓMEZ ANGULO** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A.**, a la **AFP COLFONDOS** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4.

- Nulidad e ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Inexistencia de la afiliación al RAIS.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 6. Nació el 31 de marzo de 1953. Al momento de entrada en vigencia de la Ley 100/93 se encontraba afiliada a la Caja Nacional de previsión social (CAJANAL), entidad de la que se trasladó el 26 de mayo de 1999, con destino al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., momento en el que se omitió brindarle información adecuada y suficiente sobre

el régimen de ahorro individual. Efectuó diversos traslados horizontales, en razón a que le ofrecían mejores rendimientos en dichas entidades, siendo COLFONDOS la AFP a la que actualmente está afiliada. Al momento de entrada en vigencia de la ley 100/93, contaba con más de 35 años de edad y cumplió 55 años el 31 de marzo de 2008, al momento del traslado contaba con 47 años, afirmó estar inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en el artículo 13 literal E de la Ley 100/93. Mediante comunicado 0621-1876-9, el 29 de abril de 2009, el ISS negó la solicitud de retorno al RPM, misma respuesta recibida por parte de COLFONDOS el 15 de mayo del mismo año. Al realizar proyecciones pensionales en ambos regímenes, se demostró que es más favorable el RPM conforme al promedio de cotizaciones y acredita 1.206 semanas cotizadas. Radicó derecho de petición ante COLPENSIONES el 10 de septiembre de 2018, solicitó la nulidad de traslado de régimen y los traslados horizontales, de la cual no hubo respuesta.

### **Actuación Procesal**

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a fls. 113 a 125.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la negativa de retorno al RPM por parte del ISS y la solicitud radicada el 10 de septiembre de 2018.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** en los términos del escrito visto a fls. 154 a 167.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación a esa AFP, la fecha de nacimiento de la accionante, la edad de la actora a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 y el

momento en que cumplió 55 años, respuesta a la solicitud de retorno al RPM y la simulación realizada por el fondo.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó en los términos del escrito visible a fls. 177 a 185.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado horizontal realizado a SANTANDER hoy PROTECCIÓN y el posterior hacia COLFONDOS.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación a SANTANDER hoy PROTECCION, confirmación de la afiliación, validez del traslado de régimen con COLPATRIA hoy PORVENIR por inexistencia de restricción de traslado de régimen por edad para 1999, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica.

-

La **AFP COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 215 a 234.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la edad de la demandante al momento de la entrada en vigencia la Ley 100/93 y el momento en que cumplió 55 años.
- 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 que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, así como sus posteriores traslados entre administradoras del RAIS, condenó a PORVENIR y PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES las sumas que haya

descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras. Por otro lado, condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada al RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Llegó a esta determinación, luego de corroborar que a la demandante se le brindó información parcial al momento del traslado, que su decisión estuvo motivada por el argumento de que CAJANAL y el ISS se iban a acabar y perdería sus aportes lo que la indujo a trasladarse, tampoco le realizaron una proyección o simulación pensional y se limitaron a indicar que en el RAIS podría pensionarse a menor edad y que sus aportes generarían rendimientos financieros. Expuso que el formulario de afiliación, no es prueba suficiente para acreditar que la demandante fue informada de las consecuencias, ventajas y desventajas de su traslado, por lo que la AFP COLPATRIA incumplió su carga probatoria. Declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas dadas las resultas del proceso.

### **Recurso de Apelación.**

**PORVENIR;** indicó que cumplió con todas las obligaciones que se encontraban vigentes al momento del traslado de régimen (1999), pues para esa data no era necesario documentar la asesoría brindada, ya que esta se suministró de manera verbal, aunado a que tampoco debía efectuar ninguna proyección pensional máxime cuanto le faltaban más de 20 años para pensionarse. Adujo que la demandante manifestó su deseo de permanecer en el RAIS, a realizar traslados horizontales entre administradoras, situación que demuestra que el actuar de GÓMEZ ÁNGULO fue desinteresado, tampoco se preocupó por indagar sobre su futuro pensional siendo su deber como afiliada. Pide se tenga en cuenta lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte, ya que allí señaló que suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria y que conocía de los extractos de su cuenta de ahorro individual. Finalmente, dijo que no es procedente la devolución de los gastos de administración por ser sumas causadas y ya pagadas, las que no reposan en las arcas del fondo, aunado a que dichos descuentos tienen una destinación específica por mandato legal, por lo que su devolución generaría un enriquecimiento sin causa

a favor de la demandante, expresó su desacuerdo con la condena en costas ya que resulta desproporcionada, por cuanto el trámite se desarrolló de manera virtual, situación que disminuyó costos para el despacho.

**PROTECCIÓN;** considera que no es dable la devolución de los gastos de administración, como quiera que se genera un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, además dichos valores fueron descontados en el momento que la demandante estuvo afiliada a su fondo y no están en poder de su entidad, sumas que se descontaron cumpliendo una obligación legal y son producto de la buena administración realizada con los aportes de GÓMEZ ÁNGULO.

**COLPENSIONES;** señaló que es un tercero ajeno al negocio jurídico suscrito por la demandante y la AFP, teniendo en cuenta que **no tuvo ninguna injerencia para el momento del traslado de régimen**, razón por la que no debe sufrir las consecuencias de la declaratoria de nulidad. Indicó que la decisión de retornar a la afiliada al RPM atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y que concluyó que, en caso de confirmarse la decisión, pide se condicione el cumplimiento de la sentencia, al pago de la diferencia pensional por parte de PORVENIR la que puede surgir entre lo cotizado y el valor de la posible mesada pensional.

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

**Parte demandante;** Indicó que el traslado de régimen precedió de información incompleta respecto del RAIS, que si bien efectuó diferentes traslados entre fondos privados, los mencionados no sanean la falta al deber de información que se debía cumplir inicialmente, así lo ha sostenido la jurisprudencia y por ende, debe confirmarse la decisión de primera instancia.

### **Parte demandada;**

**AFP PORVENIR;** Consideró que el traslado de régimen es válido, que se cumplió con la normativa vigente para el momento del mismo y que se le brindo la información clara y suficiente a la actora para que conociera y entendiera la decisión

que iba a tomar, por lo que no puede decretarse una ineficacia de traslado en virtud de Leyes posteriores, razón por la cual, solicito revocar la decisión.

**AFP PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

**AFP COLFONDOS:** Guardó silencio.

**COLPENSIONES:** Indicó que es un tercero ajeno entre las afiliaciones suscritas por la actora y los diversos fondos privados, por lo que no puede ser ni beneficiada ni perjudicada por las decisiones que respecto de dichos acuerdos se tomen, de igual modo, si se confirma la declaratoria de ineficacia, se afecta el principio de sostenibilidad financiera del fondo público dada la notable cantidad de procesos de esa índole que se han fallado con la orden de afiliar a las personas al RPM. No está de acuerdo con que ante la falta al deber de información por parte del fondo privado el perjudicado y quien deba asumir todas las consecuencias de dicha negligencia sea el fondo público, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

## **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 la devolución de los gastos de administración.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 10 de septiembre de 2019 (fl. 28), donde solicitó la nulidad de afiliación a la AFP COLFONDOS, 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, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando solicitó su vinculación el 27 de mayo de 1999 con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR mediante formulario de afiliación visible a folio 17, se trasladó a COLFONDOS el 22 de mayo de 2001 (fl. 18), luego se trasladó a la AFP SANTANDER el 29 de septiembre de 2004 (fl. 189) y retornó a COLFONDOS el 3 de mayo de 2005 (fl. 190), quien es su actual administradora.

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos.

Al respecto, si bien la demandante el 27 de mayo de 1999 (fl. 17), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., 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.*

*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)*

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por GÓMEZ ÁNGULO, para esta Sala 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 demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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 **libre, voluntaria, 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 régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.), 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 (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), 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

---

<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"

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

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>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. Nada de lo anterior demostró la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. como quiera que la entidad no suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual, si era posible efectuar actuando el mismo IBC contrario a lo que afirmó PORVENIR, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, más aún cuando le faltaban solo 10 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante haya efectuado traslados horizontales entre fondos del RAIS, ni la permanencia en el tiempo en dicho régimen, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial o verbal **no es suficiente** para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

Ahora, en lo que respecta al interrogatorio de parte de GÓMEZ ÁNGULO, se logra demostrar que la información brindada por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. fue incompleta y generalizada, pues nótese que la demandante es enfática en indicar que el argumento principal del fondo privado al momento de realizar el traslado de régimen era el hecho de que el ISS y CAJANAL se acabarían y podía perder todos

---

<sup>4</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"

sus aportes, sin especificar que si bien las entidades si fueron liquidadas, como es de público conocimiento, el Estado garantizó que los aportes de sus afiliados no se perdieran ni quedaran a la deriva creando una nueva entidad (COLPENSIONES), quien actualmente garantiza el derecho pensional de los afiliados provenientes del ISS, de las cajas de previsión y de los nuevos afiliados que día a día deciden hacer parte del RPM y si bien, en dicha socialización pudo haber brindado información respecto de algunas de las características del RAIS, las características expuestas fueron las favorables a sus intereses, que no era otro que lograr la afiliación de la actora pero que, al momento de la formalización del traslado, no ampliaron ni aclararon la información brindada a fin de dar total y absoluta claridad a la demandante previo a tomar su decisión definitiva. Es importante resaltar que la falta al deber de información que le asistía a la AFP, no se subsana por el hecho de que GÓMEZ ÁNGULO en el interrogatorio de parte haya manifestado que conocía de los rendimientos que le generaba su cuenta de ahorro individual y que recibía los extractos de la misma, 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.

Para La Sala tampoco es de recibo el argumento de Porvenir consistente en que la demandante faltó a sus deberes como afiliada, pues su actuar fue desinteresado y no se preocupó por su futuro pensional, porque tal y como 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 PORVENIR quien 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.

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

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual cada una de las AFP deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (COLPENSIONES) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora ni mucho menos de Colpensiones. 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."*

Ahora, es de precisar que si bien las AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS no tuvieron ninguna injerencia en el traslado de régimen que efectuó la accionante, pues en esa época el traslado se efectuó con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., y era a esta entidad a la que le asistía la carga de probar que suministró información veraz y suficiente, como la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen afecta todas las posibles y sucesivas afiliaciones que la demandante hiciera con posterioridad dentro del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tanto PROTECCIÓN al haber

permanecido por un periodo de tiempo afiliada a dicho fondo y COLFONDOS que es donde se encuentra afiliada actualmente, deben asumir la responsabilidad de no haber verificado la legitimidad del traslado inicial.

En cuanto al principio de sostenibilidad financiera alegado por Colpensiones, se recuerda que éste no se afecta, pues con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) 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 se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Finalmente, en la condena en costas a PORVENIR, debe indicarse que la misma está ajustada a la ley y su imposición deviene de lo previsto en el Art. 365 del C.G.P, además que esta obedece virtud del actuar negligente y descuidado en el que la AFP incurrió al momento del traslado de la actora, por lo que para La Sala no es de recibo, el hecho de que como el proceso se adelantó de manera virtual dadas las condiciones sanitarias actuales, no hay lugar a su imposición. Ahora, si lo que se pretende atacar es la cuantía determinada por el A quo se advierte que como lo dispone el Art. 366 *ibídem* esta no es la etapa correspondiente para ello.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho para cada 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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de mayo 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 cada una de las apelantes. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho para cada recurrente.

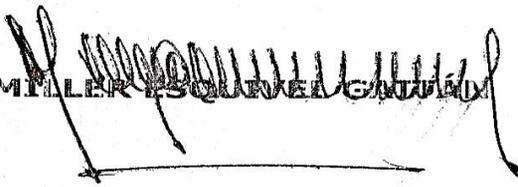
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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 GLORIA STELLA CABALLERO RODRIGUEZ CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00389 01 Juz 24.**

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre 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**

GLORIA STELLA CABALLERO RODRIGUEZ demandó a PORVENIR y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios. 2 a 3.

- Nulidad o ineficacia 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 petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 3 a 4. Nació el 21 de enero de 1965, se afilió al ISS el 7 de junio de 1984, cotizando 979 semanas en ese régimen pensional. Se trasladó a Porvenir S.A. el 1 de enero de 2005 y ha estado cotizando a esa entidad hasta la actualidad. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias como capitalización. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. En el mes de noviembre de 2018 el fondo de pensiones privado puso en conocimiento de la demandante una simulación de su mesada pensional, enterándose con posterioridad que sería mucho menor a la que le correspondería en el Régimen de Prima Media. Por consiguiente, solicitó la afiliación ante Colpensiones el 6 de febrero de 2019 y el 5 de febrero de 2019 la nulidad de la afiliación ante la AFP Porvenir, sin que accedieran a sus peticiones.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad (folio 59) y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones y AFP Porvenir, contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible en folios. 69 a 79.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha en que inició a realizar aportes al ISS y hasta cuando lo hizo, la cantidad de semanas cotizadas, y la petición realizada a esta entidad junto a su respuesta negativa.
- 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 en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, y genérica o innominada.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 122 a .138

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho de los planteados en la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y excepción 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, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó a través de la AFP Porvenir, es decir, siempre permaneció la actora en el régimen de prima media con prestación definida y ordenó a la AFP devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlos y reactivar la afiliación de la actora. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (Porvenir) no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado de régimen, esto debido a que solo aportaron al proceso el formulario de afiliación de la actora al fondo privado y el interrogatorio de parte a la demandante en la que se evidenció que solo se brindó una información muy general de las características del régimen. Por último, que al estar la nulidad de traslado relacionada con los derechos pensionales de la actora no opera la prescripción ante esta situación.

### **Recurso de apelación**

**La demandada PORVENIR** solicitó se revoque la decisión proferida ya que desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con este fallo. Alegó que se garantizó siempre el derecho al retracto, se probó que se dio un consentimiento informado a la demandante con el formulario de afiliación, siendo esta una persona capaz a la hora de suscribirlo, que dicho documento es de carácter público y al no ser tachado de falso en el proceso, tiene plena validez.

Con relación a los gastos de administración dijo que no procede su devolución por cobrarse estos igualmente en el régimen de prima media, estos no se destinan al pago de la pensión de vejez por lo que se les aplica la prescripción e indicó que ordenar su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la "demandada", teniendo en cuenta lo concerniente a las restituciones mutuas.

**La demandada COLPENSIONES** pidió que se revoque la sentencia de primera instancia debido a que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, y se está perjudicando a Colpensiones, un tercero ajeno al acto jurídico realizado entre la actora y la AFP, con la condena en su contra, pues recibir el traslado de la demandante afecta el principio de sostenibilidad financiera. Requirió que en caso de confirmarse la sentencia se condene a Porvenir a pagar a favor de Colpensiones los perjuicios económicos que se generen producto del traslado ordenado.

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

**Parte demandante:** Pide se confirme la decisión proferida debido a que la AFP no cumplió con su carga procesal y legal, es decir, no acreditó haber otorgado una información amplia y un conocimiento informado a la demandante al momento de su traslado, deber que siempre ha existido independientemente de un régimen de transición o expectativa legítima y dice que no existió una ratificación de la voluntad al permanecer la actora en el RAIS.

### **Parte demandada:**

- **COLPENSIONES:** Requiere se revoque el fallo proferido porque no probó la demandante ningún vicio en el consentimiento según su carga probatoria y sí un incumplimiento por parte de esta a sus deberes como consumidora financiera, ella en la actualidad se encuentra en la prohibición legal para cambiarse de régimen pensional, y el traslado que realizó a la AFP tiene plena validez. Manifiesta que al tener en cuenta el tiempo cotizado por la

actora se debe determinar si tiene la calidad de pensionada, de estarlo no habría lugar a ordenar el traslado objeto del proceso.

- **PORVENIR:** Solicita se revoque la decisión de primera instancia ya que no se probaron causales de vicio en el consentimiento, nulidad o ineficacia o en el traslado de régimen pensional realizado por parte de la demandante, la AFP cumplió con su carga probatoria, demostrando que brindó la información suficiente y pese a que se garantizó el derecho al retracto la actora verificó su voluntad de permanecer en el RAIS. Indica que en el caso de confirmarse la sentencia se debe trasladar únicamente el saldo y rendimientos de la cuenta de la cotizante, ordenar entregar valores distintos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

### **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 y el traslado del capital acumulado junto con los rendimientos.

#### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada a Colpensiones el 6 de febrero de 2019 (folio. 32), 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 de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 16 de noviembre de 2004, cuando solicitó su vinculación a la AFP HORIZONTE (hoy AFP PORVENIR S.A.) según formulario que reposa a folio 117.

## **Validez del traslado de régimen**

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Con relación a esto, si bien la actora el 16 de noviembre de 2004 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte (hoy AFP Porvenir S.A.) (fl. 204), 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 las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala 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 demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el

**<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.*

*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)*

momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

En vista que se trata de una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 el afiliado 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 régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, 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, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado 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.

---

<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"*

<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.*

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad esta que asumió la afiliación que hizo la demandante, ni la otra demandada en el proceso, ya que allegaron el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y la declaración rendida por esta, en la que dice haber hecho el traslado de forma voluntaria y haber recibido una explicación general del régimen pensional; lo cual, a pesar de que no se tachó de falso el documento público, no acredita haber expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, que es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Se debe tener en cuenta 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 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 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>4</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del

---

*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"*

<sup>4</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 si 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.*

traslado, no con posterioridad debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto, o si cuenta con algún derecho adquirido o 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*". Por lo tanto, para esta Sala no se tiene en discusión la capacidad legal que tenía la actora al momento de realizar el traslado para decidir sobre la validez del negocio jurídico, sino se mira es el entendimiento que tenía el demandante de este y las consecuencias de su actuar con base al deber de información que debía brindar la AFP.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la demandante en su cuenta individual y los gastos de administración dentro de los que se encuentra las primas de seguro y los dineros destinados a generar rendimientos, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del

---

(...)

*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).*

C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración. Son las AFP las que deben 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 así como los rendimientos generados por los aportes sin que les sea aplicable el fenómeno de prescripción a dichos conceptos dada la naturaleza del derecho en cuestión, 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 periodo, con lo cual se evita un enriquecimiento sin justa causa o un perjuicio para la entidad o la demandante y se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020)

*"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."*

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para Colpensiones y Porvenir.

### **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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cada una.

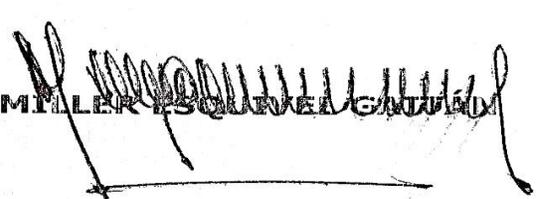
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR 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 ELENA GASCA LEGARDA  
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad.  
2019 00450 01 Juz 04.**

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre 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 ELENA GASCA LEGARDA demandó a la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

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

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 31 de enero de 1962. Cotizó en la Caja de Previsión Municipal. Posteriormente se trasladó al RAIS mediante la AFP Colfondos el 29 de mayo de 1996. Se afilió a la Sociedad Administradora de Pensiones Horizonte, hoy Porvenir S.A., en noviembre del 2000. Al momento de los traslados efectuados no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos

le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. Con base en simulación pensional el plan de vida bajo la modalidad de retiro programado se contaría con una mesada pensional de \$1.079.100. La AFP Porvenir realizó la proyección en la modalidad de retiro programado sin volver a cotizar y dio como resultado una suma de \$1.057.100. Calculada la mesada pensional en el RPM, con los aportes en los últimos 10 años de cotización y aplicando una tasa de remplazo del 62.02% se obtendría una mesada de \$5.332.578. Durante toda su vida laboral reunió un total de 1357 semanas. El 23 de abril de 2019, radicó derecho de petición ante Colpensiones en el que solicitó la nulidad de traslado, la cual fue negada.

### **Actuación Procesal**

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

**La AFP COLFONDOS.** contestó en los términos del escrito visibles en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado al RAIS mediante Colfondos S.A. y la fecha de nacimiento de la demandante.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y genérica.

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a la declaratoria de nulidad e ineficacia de traslado y al resto no se opuso ni se allanó.
- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado al RAIS mediante Colfondos S.A., la fecha de nacimiento de la demandante, el agotamiento de la reclamación administrativa y la respuesta de Colpensiones.

- Formuló como excepciones de fondo; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y genérica.

**La AFP PORVENIR S.A.**, dio contestación en los términos del escrito visibles en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ninguno de los hechos.
- Formulo como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, 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 dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la Colfondos S.A., de fecha 26 de mayo de 1996. Ordenó a Porvenir S.A. y AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP Protección no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia. Indica que no hay cotizaciones al RPM porque la actora antes estaba afiliada a una Caja de Previsión Social razón por la cual Colpensiones no tiene competencia para autorizar el traslado ordenado. Considera que no se cumplen los presupuestos para que proceda la nulidad pues no se puede imponer una carga probatoria adicional en cabeza de la AFP con exigencias que no son acordes con la normatividad preexistente al momento de la afiliación. Además, los múltiples traslados horizontales ratificaron la validez e intención de la actora de continuar afiliada al RAIS.

**PORVENIR S.A.:** manifiesta que la demandante no cumple con el requisito contemplado en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en relación a que no contaba con una expectativa legítima o derecho pensional consolidado al momento del traslado. Así mismo señala que no se puede exigir a la AFP carga probatoria diferente a la normatividad vigente en la época del traslado. La devolución de los saldos y gastos de administración no es procedente, toda vez que estos valores ya fueron descontados para cubrir los riesgos contratados. Considera que los traslados horizontales efectuados ratificaron la intención de la atora de permanecer afiliada en el RAIS y no se le puede atribuir a Porvenir obligaciones a su cargo como tercero ajeno de buena fe en el acto de afiliación inicial, en consecuencia, se debe eximir de la devolución de gastos de administración y primas de seguro previsional.

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

**Parte demandante:** solicita se confirme la declaratoria de la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado ante Colfondos S.A., y los posteriores traslados entre AFP, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.

### **Parte demandada:**

- **COLPENSIONES:** Manifiesta que no es procedente la declaratoria de nulidad del traslado, toda vez que en virtud de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a COLFONDOS y posteriormente a PORVENIR S.A.
- **PORVENIR:** señala que se declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos, a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral, desconocimiento que, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o

por causas legales, como lo contempla el artículo 1602 del Código Civil. Otro aspecto de mayor relevancia es que, no se puede confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: "Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas, dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad."

- **COLFONDOS:** Guardo 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, la competencia de Colpensiones y la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 23 de abril de 2019 (expediente digital), 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 de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 29 de noviembre del 2000, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. (expediente digital) luego de haber estado afiliada a Colfondos S.A., a partir del 29 de mayo de 1996 (expediente digital).

## **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos S.A., el 29 de mayo de 1996 (fl.16 expediente digital), 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 las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal 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 demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en

---

<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.*

*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)*

la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Cabe resaltar que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 el afiliado 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 RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, 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, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado 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,

---

<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 adapta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

<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.*

no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento o prohibición legal alguna, como la contemplada en el artículo 2° de la ley 797 de 2003.<sup>4</sup>

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, sin que la simple suscripción del formulario sea prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. La AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

En el presente caso se encontró que la demandante al momento del traslado inicial estaba vinculada laboralmente con la ESE HOSPITAL NAZARETH y en el formulario de afiliación a Colfondos suscrito el 29 de mayo de 1996 (expediente digital) consta que previo al cambio de régimen estaba vinculada a la CAJA DE PREVISIÓN MUNICIPAL, por lo que conforme el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, el cual estableció que el ISS sería el administrador general del régimen pensional de prima media con prestación definida y que las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas cumplirían dicha función únicamente respecto de sus afiliados mientras dichas entidades subsistieran, disposición reiterada en el Decreto 692 de 1994 artículo 34, al precisar que el régimen de solidaridad de prima media con prestación definida sería administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por las cajas fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994, La Sala advierte que en el asunto la declaratoria de nulidad de traslado de

---

*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"*

<sup>4</sup> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

régimen pensional y consecuente remisión del a actora a COLPENSIONES como administradora del RPM resulta acertada y acorde a derecho.

En lo que respecto a lo afirmado por los recurrentes sobre la exigencia de una prueba a cargo de las AFP que no corresponda a la normatividad vigente al momento del traslado, se reitera que el deber de información es una obligación que existía desde la creación del sistema de seguridad social y que en virtud de la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a la administradora de pensiones aportar el material probatorio que dé cuenta de ello, sin limitar el medio de prueba que se pretenda hacer valer en su defensa. Resulta prudente traer a colación la sentencia *CSJ SL 3871 del 25 de agosto de 2021*, la cual precisó;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

De otra parte, 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 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 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>5</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del

---

<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*

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 la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, 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"*.

Tampoco es de recibo el argumento de que el traslado entre administradoras del mismo régimen convalida la voluntad de la demandante de aceptar, entender y comprender los alcances de la decisión del cambio de régimen pensional. La Corte Suprema de Justicia en sentencia *SL 3349 del 28 de julio de 2021*, precisó al respecto:

*"de esta suerte, en la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores"*

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de las administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico*

---

*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).*

*que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Colfondos S.A. y la AFP Porvenir a Colpensiones, 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben 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 así como los rendimientos generados por los aportes, 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 periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>6</sup>). A pesar que los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009, se tiene que con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado que si las cosas vuelven a su estado anterior, la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo.

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. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

---

<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.

## 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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de abril 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 Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

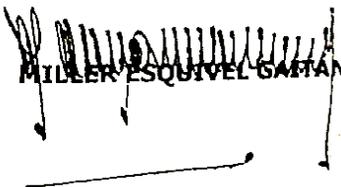
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAFTÁN

## 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 HUMBERTO BONILLA CARDOSO  
CONTRA la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS  
PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES. Rad. 2019 00521 01 Juz 16.**

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de diciembre 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

HUMBERTO BONILLA CARDOSO demandó a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

- Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- En caso de que Protección haya reconocido la prestación, continúe con el pago hasta tanto sean trasladados todos los valores de la cuenta de ahorro individual.
- Costas del proceso.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 a 4. Manifiesta que inició sus aportes al ISS desde el 10 de junio 1987, hasta el 01 de julio de 1995, cuando se trasladó a PROTECCIÓN, momento en el que se omitió brindar información completa, veraz y adecuada sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que solo se habló de los beneficios del traslado y no se le advirtió sobre los riesgos que le acarearía la decisión de cambio de régimen pensional. Al efectuar la proyección pensional y de continuar cotizando hasta los 57 años de edad, su pensión ascendería en el RAIS a \$1.872.475, mientras que en el RPM a la misma edad sería equivalente a la suma de \$6.041.321, circunstancia por la cual solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación al RAIS, sin que se accediera a lo pretendido.

## **Actuación Procesal**

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

**PROTECCIÓN** en los términos del escrito visible a folios 273 a 292.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la solicitud de nulidad del traslado.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** por su parte, contestó la demanda en los términos del escrito que milita a folios 344 a 349.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Manifestó que no le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito las de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe 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 al RAIS efectuado por el demandante, debido a la omisión de este fondo de pensiones en el deber de información, traslado que tuvo lugar en el año 1995. Condenó a Protección a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo réditos, intereses y frutos, así como también las sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales y en general toda suma que se haya recibido con motivo de las cotizaciones efectuadas al RAIS. Condenó a Colpensiones a recepcionar la totalidad de los recursos y a activar la afiliación en el RPM.

Llegó a esa determinación al constatar del material probatorio aportado que, si bien el demandante estuvo afiliado a la Caja Municipal de Previsión de Neiva hasta junio de 1995 y no al ISS, lo cierto es que el actor perteneció al RPM según lo previsto en el art. 11 del Decreto 692/1994 y al momento del traslado a Protección, la AFP no cumplió con el deber de información y asesoría que le asistía, al no entregar información suficiente y transparente para que el afiliado pudiese tomar la decisión más conveniente, sin que la suscripción del formulario de vinculación sea suficiente para acreditar el consentimiento informado ni las características generales mencionadas por el demandante en su interrogatorio de parte, ya que ello solo demuestra que no era conocedor de las implicaciones que le había acarreado el traslado de régimen pensional.

### **Recurso de Apelación**

**PROTECCIÓN S.A.** alegó que conforme lo dispuesto en el literal b del art. 60 de la Ley 100/93 estableció que en el RAIS un porcentaje de la cotización sería destinada al pago de primas de seguros, a la financiación del fondo de solidaridad y a los gastos de administración, por lo que no es procedente la devolución de tales valores ya que son sumas legales y están expresamente autorizados por la Ley ya que implica la administración de los recursos pensionales. Indicó que la comisión de administración cubre algunos gastos de la AFP, pero tales sumas no están destinadas a financiar la pensión de vejez, por lo que el ordenar su devolución con cargo a los propios recursos de la administradora constituiría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, como quiera que la cuenta de ahorro individual de afiliado generó rendimientos financieros que no será reconocidos por ninguna otra entidad.

Indicó que tampoco es dable la devolución de las sumas destinadas al pago de seguros previsionales, ya que las mismas fueron entregadas a las aseguradoras quienes son terceros de buena fe, recalcó que al declarar la nulidad del traslado se afectaría el principio a la igualdad y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones pues se obliga a Colpensiones a responder por los aportes del demandante sin contraprestación alguna. Concluyó que no procede la condena en costas, ya que la administradora no cuenta con ningún fundamento legal para que pueda autorizar un cambio de régimen pensional al encontrarse el demandante en la prohibición legal de traslado y considera necesario integrar a la Litis a las aseguradoras, al Ministerio de Hacienda y a FOGAFIN.

**COLPENSIONES.-** señaló que no es procedente declarar la nulidad del traslado, como quiera que el demandante mencionó en su interrogatorio algunas características especiales del RAIS lo que demuestra que conocía no solo las

generalidades del régimen de ahorro individual con solidaridad sino también de los requisitos para el reconocimiento pensional. Recalcó que el actor manifestó voluntad de afiliarse a Protección al momento de suscribir el formulario de afiliación y al efectuar cotizaciones a esa administradora. Pide se adicione a la sentencia y en caso de confirmarse la decisión, se ordene la devolución de la comisión de administración de forma indexada con el fin de se reintegren todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor conforme lo indicado por la jurisprudencia de la CSJ.

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

**Parte demandante:** Pide se confirme la sentencia proferida ya que al momento del traslado la AFP omitió dar información y se limitó a hacer que el actor llenara el formulario de afiliación, documento insuficiente para cumplir el deber de información, por lo que incumplió los requisitos legales y jurisprudenciales para mantener la validez y eficacia del acto del traslado y no demostró lo contrario.

### **Parte Demandada:**

COLPENSIONES: Solicita que se revoque el fallo proferido debido a que el traslado se realizó de forma libre y voluntaria por parte del demandante y se le brindó la información de forma clara y precisa, además el actor no desvirtuó la buena fe de la AFP, no demostró ningún vicio en el consentimiento, o causal de nulidad o ineficacia, y se encuentra inmerso en la prohibición legal de la edad para cambiarse de régimen, por lo que ordenar su traslado afectaría la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

PROTECCIÓN: No se pronunció 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 ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

## **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario que reposa a folio 77 de fecha 22 de julio de 2019, donde se solicitó el retorno al RPM. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentre afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., al cual se trasladó desde el 01 de julio de 1995 (fl. 55). En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, el demandante el 01 de julio de 1995 (fl. 55), diligenció una solicitud de vinculación a PROTECCIÓN, 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 las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el trabajador, para

---

<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.*

*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)*

esta Sala el diligenciamiento de tal **formulario no es suficiente** para considerar que era concedor 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 BONILLA CARDOSO. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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, libre y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado 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 régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (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 (SL 2611 – 2020<sup>3</sup>) a la cual le corresponde demostrar que le informó al actor 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>4</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

<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"

<sup>3</sup> Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen

<sup>4</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.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de que el demandante haya mencionado en el interrogatorio de parte algunas características generales del RAIS, ni mucho menos por las cotizaciones que ha efectuado durante más de 20 años a Protección, dado que tales circunstancias lo que demuestran es que al momento del cambio de régimen ni siquiera la AFP se preocupó por brindarle una información comparada, detallada y completa, pues lo que se advierte de lo expresado por el actor en su declaración es que **NO** conocía para el momento en que realizó el traslado, las consecuencias del cambio de régimen, como tampoco de los requisitos para el reconocimiento pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad como lo afirma la apoderada de Colpensiones, ya que de lo manifestado por el demandante se avizora varios yerros respecto del proceso que se debe adelantar ante su administradora para solicitar la pensión de vejez, y ello ocurre porque no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la vinculación con la AFP, ya que el hecho de brindar información sobre las características generales de dicho régimen, 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 del trabajador quizás hubiese sido distinta.

Respecto del argumento de Protección consistente en que no existe fundamento legal para autorizar el traslado máxime cuando el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado del art. 2 de la Ley 797/03 y por tanto no es procedente declarar la nulidad de traslado, para La Sala es importante resaltar que, si existe fundamento no solo legal sino también jurisprudencial, pues conforme al literal b del art. 13 de la Ley 100/93 toda escogencia de régimen pensional deber libre, voluntaria y debe estar precedida de la información suficiente para que el

---

*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"*

potencial afiliado conozca de las verdaderas características del régimen de ahorro individual y así mismo pueda prever las consecuencias que le acarrea el cambio, aspectos que han sido decantados a lo largo de la ponencia y de la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que la declaratoria de nulidad no se constituye por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al actor entender y prever sus implicaciones antes, 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, en lo referente a la solicitud de Protección en la pide integrar al proceso a las aseguradoras, al Ministerio de Hacienda y a FOGAFIN, para el cumplimiento de lo ordenado por el A quo respecto a la devolución de las primas pagadas por concepto de seguros previsionales, las sumas destinadas al fondo de solidaridad de pensional y la comisión por administración, es importante recordar lo dispuesto en el art. 61 del Código General del Proceso el cual prevé:

**ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.** *Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

*En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, **de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia**, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.*

Así como lo señalado en los artículos 64 a 66 ibídem que disponen:

**ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.** *Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, **en la demanda o dentro del término para contestarla**, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*

**ARTÍCULO 65. REQUISITOS DEL LLAMAMIENTO.** *La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables.*

*El convocado podrá a su vez llamar en garantía.*

**ARTÍCULO 66. TRÁMITE.** *Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior.*

*El llamado en garantía podrá contestar en un solo escrito la demanda y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.*

***En la sentencia se resolverá,*** *cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía. (Negrita fuera de texto)*

Aclarado lo anterior, si lo que se pretendía por parte de la demandada Protección, era hacer uso de las figuras procesales ya citadas e integrar a la Litis al Ministerio de Hacienda, a las aseguradoras y a FOGAFIN, debió solicitarlas en primera instancia o antes de que el Juzgador proferiría la sentencia respectiva, y no a través del recurso de alzada, ya que esta no es la oportunidad procesal pertinente para ello.

### **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, las sumas destinadas al fondo de solidaridad pensional y los valores pagados 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 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 PROTECCIÓN S.A. 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 del 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** y demás sumas ya mencionadas, 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, sin que tal decisión le genere un enriquecimiento injustificado al demandante como erradamente lo afirma la recurrente que pide la revisión de este ítem. En cuanto a la petición de Colpensiones, consistente en adicionar a la sentencia la orden de devolver los gastos de administración, para La Sala resulta improcedente, como quiera que el Juez al ordenar en el numeral segundo de la resolutive (fl. 371) el traslado de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante y **en general toda suma** que se haya recibido con motivo de las cotizaciones efectuadas por el actor, los cuales conforme a la jurisprudencia de la SL CSJ implican los aportes por pensión, los rendimientos financieros, **la comisión por administración** y los valores pagados por concepto de seguros previsionales, que para efectos de la presente decisión corresponden a los ya mencionados.

Respecto a la indexación alegada 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 del afiliado** (SL2877-20205) 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 administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020 , SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) a favor de COLPENSIONES, por lo que con la devolución de los rendimientos financieros ya se satisface la indexación pretendida, por lo que el retorno del demandante al RPM solo se hará efectivo una vez Protección traslade todas las sumas aquí confirmadas y ordenadas por el A quo.

En relación al principio de la sostenibilidad financiera y de igualdad alegado por PROTECCIÓN, es de recordar que estos se garantizan con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual del afiliado (SL2877-2020<sup>5</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 a los fondos privados 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>6</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Finalmente, en la condena en costas, alegada por PROTECCIÓN basta con acudir a lo dispuesto en el art. 365 del CGP numeral 1º para advertir que la condena en costas se impone a la parte vencida en el proceso, sin que esta sea la oportunidad procesal pertinente para atacar y estudiar su cuantía.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia recurrida.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. 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:

---

<sup>5</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>6</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 apelada proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito el 26 de julio de 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

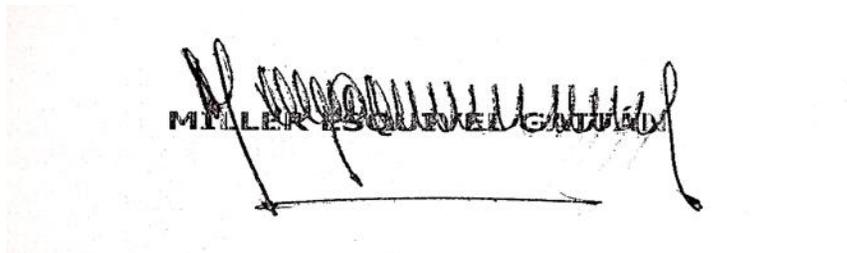
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**



MILLER ESCOBAR GONZALEZ